DR: Raúl Martínez Cantú

Universidad autonoma de Zacatecas

“Francisco García Salinas”

Unidad Académica de Derecho

Notas de “Derecho Internacional Privado (Parte General)”

Dr. Raúl Martínez Cantú

DR: Raúl Martínez Cantú

ÍNDICE

Capítulo 1. Introducción al Derecho Internacional Privado. 1

1.1 Contenido del derecho Internacional Privado 1

Derecho de la nacionalidad. 3

Condición jurídica de los extranjeros. 3

Métodos para resolver los problemas derivados del tráfico jurídico internacional. 3

1.2 Situación actual de las relaciones jurídicas privadas internacionales. 4

Las personas y las relaciones familiares. 4

Los procesos de globalización. 6

1.3 El derecho internacional privado en América Latina y en México. 8

1.4 Objeto del derecho internacional privado. 9

TERMINOLOGÍA. 10

Diferencia formal entre el derecho interno y el derecho internacional. 10

Otros criterios de distinción entre el derecho internacional público y el derecho internacional privado. 12

Criterio subjetivo. 12

Criterio objetivo. 14

1.5 Antecedentes históricos. 14

La pluralidad de leyes. 14

Personalidad de las leyes. 15

Territorialismo de las leyes. 16

Escuelas de la Edad Media. 16

Escuela de los glosadores. 16

Escuela de los posglosadores. 17

Escuela francesa del siglo XVI. 18

Escuela holandesa del siglo XVII. 18

1.6 Épocas moderna y contemporánea. 19

1.7 Fuentes del derecho internacional privado. 20
Fuentes nacionales. 20
Fuentes internacionales. 22
Capítulo 2. Derecho de la Nacionalidad y la Nacionalidad Mexicana. 32
2.1 Concepto de nación. 32
Diferentes enfoques del concepto de nación. 33
2.2 Diferentes enfoques del concepto de Estado. 34
2.3 Concepto de nacionalidad. 34
El Estado que la otorga. 35
El individuo que la recibe. 35
El nexo de la nacionalidad. 36
2.4 Nacionalidad mexicana. 37
Antecedentes. 37
Adquisición de la nacionalidad mexicana. 38
El derecho de opción. 42
Doble nacionalidad. 47
Determinación de la nacionalidad. 49
Momento de adquisición de la nacionalidad mexicana. 49
Efectos jurídicos de la obtención de la nacionalidad mexicana por naturalización. 49
Prueba de la nacionalidad. 50
Pérdida de la nacionalidad. 52
Nacionalidad de las personas morales. 56
Capítulo 3. La Condición Jurídica del Extranjero en México. 59
3.1 Historia sucinta de la condición jurídica de los extranjeros. 59
El patronaje y otras instituciones. 59
Jus gentium y peregrinos. 60
Personalidad de las leyes. 61
Territorialismo de las leyes. 61
Omnis peregrini y cartas de naturaleza. 61
Igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros. 62
Movimientos que favorecen a los extranjeros. 62
Declaración Universal de Derechos Humanos. 62
3.2 Condición jurídica del extranjero en México. Internación y estancia del extranjero. 66

3.3 La Ley de Migración. 69
3.4 La nueva Ley de Migración....70
A. Principios (El decálogo migratorio). 70
B. Movimiento internacional de personas y la estancia del extranjero en México. 73
C. El Reglamento de Migración. 83
Regulación migratoria derivada de los tratados comerciales. 86
Capítulo 4. Régimen de la Propiedad Inmueble y de las Inversiones del Extranjero en México. 88
4.1 Antecedentes 88
4.2 El régimen de la propiedad inmueble del extranjero en México. 91
4.3 Algunas cuestiones relativas al régimen de las inversiones extranjeras. 93
Antecedentes de la inversión extranjera directa. 93
Sociedades Extranjeras en México. 94
La Inversión extranjera en el TLCAN (En la actualidad (T—MEC) 103
Los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. 114
Capítulo 5. Métodos Más Comunes: Conceptos Generales. 115
5.1 Conceptos preliminares 115
Los métodos. 116
Sistema conflictual tradicional 116
Normas de aplicación inmediata. 122
Normas materiales. 126
Lex mercatoria. 129
Derecho Uniforme. 132
Conflictos de competencia judicial. 134
Capítulo 6. Sistema Conflictual Tradicional (tendencias) 137
6.1 Tendencias. Planteamiento general. 137
6.2 Diferentes tendencias. 137
Origen de las tendencias modernas. 138
6.3 Corriente supranacionalista. 143
Internacionalistas. 143
Universalistas. 144
6.4 Corriente internista o territorialista. 145
Francia. 146

Inglaterra. 147
Estados Unidos de América. 148
Latinoamérica 152
El territorialismo en México. 154
6.5 Corriente Autónoma 162
Precursores 162
Tendencia autónoma actual. 164
Capítulo 7. Problemas Planteados por el Sistema Conflictual Tradicional. 169
7.1 Algunos problemas específicos 169
7.2 Calificación del supuesto normativo. 179
Primera tendencia: calificación lex fori. 179
Segunda escuela: calificación lex causae. 181
Tercera escuela: método comparativo. 183
7.3 El reenvío. 185
7.4 Cuestión previa. 192
7.5 Concepto de orden público. 195
7.6 Fraude a la ley. 201
7.7 Institución desconocida. 202
7.8 Adaptación. 203
7.9 Aplicación de normas extranjeras. 204
Capítulo 8. Normas de Aplicación Inmediata, Normas Materiales, Derecho Uniforme y L*ex Mercatoria* 209
8.1 Introducción 209
8.2 Normas de aplicación inmediata 210
Ámbito interno. 211
El enfoque internacional. 214
8.3 Normas materiales. 221
8.4 Derecho uniforme. 225
8.5 Lex Mercatoria 229
Introducción 229
Consideración normativa. 230
Consideración práctica. 234
El caso de México. 236

Capítulo 9. Conflictos de Competencia Judicial. 237
9.1 Antecedentes 237
9.2 Competencia Directa..... 238
Competencia directa nacional. 239
Competencia directa internacional..... 252
9.3 Competencia indirecta. 256
Competencia indirecta nacional. 256
Competencia indirecta internacional..... 262
9.4 Cooperación Judicial. 264
Cooperación judicial nacional. 266
Cooperación Judicial Internacional. 268
Código de Procedimientos Civiles Para El Distrito Federal. 268
Código Federal de Procedimientos Civiles. 274
Capítulo 10. Derecho Internacional Privado Positivo en México. 285
10.1 Derecho internacional privado sustantivo en México. 285
Antecedentes. 286
10.2 Aplicación general de las leyes mexicanas. 288
Principio general de aplicación normativa. 288
La duplicidad de códigos civiles. 292
El CCDF y el CCF. 296
Determinación del derecho aplicable. 298
Aplicación del derecho extranjero. 303
Disposiciones en materia de domicilio. 310
Domicilio en el CCDF y CCF. 311
Disposiciones en materia de personas morales extranjeras de naturaleza privada. 312
Otros ordenamientos en materia de DIPr. 313
Capítulo 11. México en el derecho convencional internacional. 316
11.1 Los tratados y las convenciones internacionales en el sistema jurídico mexicano. 316
11.2 Los derechos humanos y la reforma constitucional. 325
11.3 Tratados y convenciones en materia de derecho internacional privado. 328
11.4 Tratados de libre comercio ratificados por México. 330
Métodos de solución de controversias. 331
El sistema de solución de controversias en el TLCAN. (ahora T—MEC). 333

Efectos de los sistemas de solución de controversia en el sistema jurídico mexicano. 344

Capítulo 1. Introducción al Derecho Internacional Privado.

1.1 Contenido del derecho Internacional Privado

El contenido de los programas de estudio del DIPr varía según los temas que en cada país, universidad o centro de enseñanza se establecen en el currículo correspondiente. Esta diversidad tiene como base diferentes criterios. Veamos algunos de ellos.

En Inglaterra y Estados Unidos de América el DIPr se circunscribe al estudio de los métodos de los conflictos tanto de competencia judicial como de leyes. En este último país los casos de DIPr son muy frecuentes, debido a que cada Estado de la Unión Americana tiene sus propias leyes y la diversidad de ellas obliga a buscar soluciones con base en los métodos citados. Por su cantidad, la jurisprudencia y la doctrina son muy ricas en conceptos, lo que a su vez ha dado lugar a importantes planteamientos doctrinales. En general, autores y tribunales solo se refieren a casos internos; sin embargo, algunos autores han propuesto diversas opciones para resolver casos internacionales, casi siempre sobre la base de un planteamiento tradicional, a partir del método de los conflictos de competencia judicial.

La escuela estadounidense ha logrado desarrollos que difícilmente se han encontrado en otras escuelas y en la jurisprudencia de otros países, Estados Unidos de América ha participado de manera relevante en la discusión de convenciones internacionales de derecho uniforme. En estas convenciones se establece una normatividad común para los países que participan en ellas, eliminando los conflictos de leyes y, en ocasiones, los de competencia judicial. Asímismo, en aquel país existe una tendencia a uniformar las leyes aplicables a todos los estados que conforman la Unión Américana y que se adhieren a la Ley Uniforme correspondiente. En particular, la codificación ha tenido éxito en materia comercial: el *Uniform Commercial Code* (UCC) es un ejemplo. El resultado es un derecho uniforme que cubre determinadas áreas.

Los programas de las universidades italianas también están centrados casi exclusivamente en el estudio de los *conflictos de leyes* y *de jurisdicciones*. Además de ellos en Alemania suelen incluirse dos temas complementarios: ***el derecho de la nacionalidad* y *la condición jurídica de los extranjeros*.** Esta temática complementaria es desarrollada con amplitud por la doctrina francesa. La razón de incluir dichos temas complementarios, en ambos casos, parte del principio—por lo general aceptado en Europa continental—de ***que la capacidad* y *el estado civil de las personas* se rigen por la ley *de su nacionalidad*.** De ahí que sea necesario definir

previamente quiénes son nacionales y quiénes extranjeros, para luego determinar la ley que les resulta aplicable en cada caso.

Debido a la marcada influencia que el derecho civil y la doctrina civilista francesa ejercieron en los países de América Latina, con frecuencia se adoptó el plan de estudios del DIPr de las universidades francesas, que se divide en cuatro temas:

1. Derecho de la nacionalidad.
2. Condición Jurídica de los extranjeros.
3. Método de los conflictos de leyes.
4. Método de los conflictos de competencia judicial.

Este plan de estudios que, con algunas variantes, ha estado vigente en la gran mayoría de las universidades y los centros de enseñanza del derecho en México y en buena parte de Centroamérica desde hace más de 80 años.

En la Unión Europea, ya lo mencionamos, una parte significativa del derecho nacional de cada país miembro se diluye cada vez más en el derecho de la Unión, en un derecho supranacional.

Un autor español se ha referido a "***la globalización y desterritorialización***", caracterizada "como un proceso histórico objetivo que implica un desplazamiento del alcance espacial de los sistemas de relaciones sociales (incluido el derecho) hacia modelos de organización y actividad de alcance mundial, vinculado a la cada vez mayor interdependencia de la economía mundial y a la creciente naturaleza ***"transterritorial*** de la vida social y política que menoscaba la posición del Estado- nación".

En este tipo de fenómenos se refleja de modo concreto en el derecho. En la Unión Europea, con los reglamentos que entran en vigor internamente y de forma automática en los Estados nacionales que la integran. En el caso concreto de México, un fenómeno parecido se ha dado con la absorción de normatividad internacional en amplios sectores jurídicos, sobre todo en materias *vinculadas al comercio internacional como el* ***comercio electrónico, telecomunicaciones, competencia económica, energía, medio ambiente y muchas más.*** Este desarrollo, como veremos, tiende a cambiar los presupuestos jurídicos tradicionales, que se modificaron a partir de la necesidad de vincular de manera interna y unilateral a los sistemas jurídicos tradicionales, que modificaron a partir de la necesidad de vincular de manera interna y unilateral a los sistemas jurídicos nacionales con el tráfico jurídico internacional.

En la década de 1980 se propuso en América Latina la pluralidad de métodos o técnicas para solucionar los problemas derivados del tráfico jurídico internacional.

La pluralidad de técnicas, aunada a la amplitud temática del DIPr, requiere que su objeto sea delimitado para evitar que un contenido excesivo y no vinculado con la naturaleza propia del DIPr pueda afectar su estructura básica.

- Derecho de la nacionalidad.
- Condición jurídica de los extranjeros.
- Métodos para resolver problemas derivados del tráfico jurídico internacional.

Derecho de la nacionalidad.

Su objeto es estudiar la relación de una persona en razón del vínculo político y jurídico que la integra a la población constitutiva de un Estado. Se trata de una relación de derecho público, es decir, rebasa la naturaleza propia del DIPr.

Además de la razón apuntada, el derecho de la nacionalidad, que debe estudiarse en el curso de Derecho Constitucional, ha sido tradicionalmente relegado al DIPr. En los nuevos planes de estudio, al menos los de la UNAM, el tema de la nacionalidad está incluido en el programa de Derecho Constitucional. Sin embargo, debido a que la modificación en los planes de estudio de la Facultad de Derecho de la UNAM aún no trasciende a otras universidades de la República, su tratamiento será muy breve y solo en beneficio de las escuelas de derecho aún lo mantienen en su currículo.

Condición jurídica de los extranjeros.

Las razones expuestas en el párrafo anterior respecto al derecho de la nacionalidad y su inclusión en la temática del DIPr también son aplicables a la condición jurídica de los extranjeros, con la diferencia de que este tema pertenece al derecho administrativo. Su propósito es determinar cuáles son las normas que regulan el ingreso y la *permanencia de los extranjeros en México* y, en su caso, las *de su expulsión*.

Métodos para resolver los problemas derivados del tráfico jurídico internacional.

Los métodos que se estudiarán son los siguientes:

- *Conflictual.*
- *De normas aplicación inmediata.*
- *De normas materiales*.
- De la lex mercatoria*.*
- *Derecho uniforme y*
- *De competencia judicial.*

“El Derecho internacional privado positivo” nos referiremos al derecho internacional privado positivo en México, para continuar con el derecho convencional internacional.

Cabe apuntar desde ahora que en nuestro país y en un número cada vez mayor de naciones latinoamericanas, la fuente más importante del DIPr es precisamente ***fuente convencional internacional.***

Con las salvedades expuestas y a reserva de volver sobre el tema, podemos definir al DIPr **como *la materia que estudia los diversos métodos que se emplean para la resolución de problemas derivados del tráfico jurídico internacional.***

1.2 Situación actual de las relaciones jurídicas privadas internacionales.

Para su estudio, este tipo de relaciones puede diferenciarse en dos grandes ámbitos:

1. *El de las personas y las relaciones familiares, en el orden en que las sistematiza el derecho civil.*
2. *El de las relaciones vinculadas al comercio internacional.*

Las personas y las relaciones familiares.

En este tema se comprende las relacionadas con elementos extranjeros y su regulación, ***desde la capacidad y el estado civil de las personas: matrimonio, filiación, divorcio, hasta el derecho sucesorio, pasando por la adopción, legitimación, patria potestad y tutela***. También se incluyen temas que, por su actualidad e importancia, han sido objeto de **regulación internacional, como *las obligaciones alimentarias, la sustracción ilícita de menores por uno de los padres o un pariente, la adopción y la restitución de menores incluida la represión del tráfico ilícito de menores*** etc.

La regulación internacional de la persona y su familia se ha incrementado en la medida en que aumentan los desplazamientos entre países por **razones de trabajo o refugio político.** En Europa, con los cambios políticos habidos en los antiguos países del Este—que tenían un régimen de economía planificada y a los que genéricamente (aunque no correctamente) se les conocía como *regímenes de naturaleza socialista o comunista*—***el*** desplazamiento de personas se ha intensificado. En América, varios miles de mexicanos y de otros países latinoamericanos emigran todos los días hacía Estados Unidos de América en busca de trabajo y mejores niveles de vida. Estos movimientos migratorios provocan la necesidad de conocer las normas del DIPr para solucionar los problemas que se presentan.

Cabe aclarar que no obstante este incremento en el tránsito de personas, cada día los derechos nacionales en materia personal y de familia tienen menos diferencias entre sí. Se respetan los derechos humanos y, con ellos, los regímenes de igualdad para las personas, por ejemplo, *el derecho a heredar y ser heredero, la adopción plena, entre otros.* Hoy en día son muy escasos los países que *no admiten el divorció; la mayoría de edad a los 18 años y con ella la libertad para contratar se acepta en un gran número de países*, lo que disminuye la necesidad de solventar problemas de falta de capacidad.

A partir de la década de 1980, el derecho de familia en el DIPr se ha centrado en el continente americano principalmente en tres problemas de la época:

1. La represión del tráfico de menores y la regulación de la sustracción ilegal de menores por parte de uno de sus padres o de familiares, principalmente los padres cuando están separados o divorciados, mediante normas derivadas de tratados internacionales, que aportan soluciones para los países miembros del tratado y que permiten la devolución de los niños a sus hogares.
2. El otorgamiento de pensiones alimentarias.
3. La adopción internacional.

Otros problemas contemporáneos han sido regulados y tienen impacto en el DIPr; se trata de *nuevas figuras como al* ***cambio de sexo el matrimonio de homosexuales y su regulación en el ámbito internacional, con objeto de que tengan efectos jurídicos beneficios para las personas****.* Si bien en estos temas las soluciones planteadas son en lo general satisfactorias, en la práctica y por la falta de coherencia de los sistemas nacionales respecto de lo acordado internacionalmente, las soluciones se entorpecen y con frecuencia no se alcanzan los resultados previstos.

Otro tema tradicional del DIPr, complejo y que no habíamos mencionado, es el del *territorialismo, que a pesar de que ha tenido progresos tanto en el ámbito internacional como en materia personal y de familia*, especialmente en los países de latinoamericanos, todavía plantea problemas. En efecto el principio territorialista que, sigue vigente en muchos países, condiciona *la ley aplicable a los bienes (muebles e inmuebles) al lugar de su situación,* y de esta forma las relaciones jurídicas internacionales se ven interrumpidas con frecuencia por un principio de esta naturaleza.

Pensemos en un ejemplo:

> *Una persona fallece domiciliada en México y deja bienes en Guatemala. Su sucesión (el juicio sucesorio) se abre en* ***el lugar de su domicilio*** *(México), sin embargo, los bienes* ***son regidos por un derecho (guatemalteco) diferente del derecho de la sucesión (mexicano)****. O bien, una persona domiciliada en Panamá tiene bienes en México, entre ellos una casa, y la da*

> *en arrendamiento. Tanto* ***la casa (bien inmueble) como el arrendamiento (contrato) quedan regulados por la ley mexicana****, lejana del propietario.*

No todo se rige por principios tradicionales. En materia de bienes muebles empieza a haber una evolución, principalmente sobre bienes que el *comercio internacional requiere para su desarrollo: garantías, valores corporativos, bursátiles y financieros*. Estos tienen una regulación específica y especializada.

El principio general que hace regir a los bienes muebles por el lugar de su ubicación se establece en el *artículo 121, fracción II, de la Constitución*; sin embargo, son bienes que por definición se desplazan, se transmiten, se otorgan en garantía y, por tanto, cambian de ubicación. De ahí que la tendencia hoy en día sea hacerlos *regir* ***por la ley del lugar de registro o de su emisión*****.** Veamos un ejemplo:

> *Una sociedad mexicana* ***requiere un crédito y lo busca en fuentes fuera de México.*** *Para lograrlo otorga sus acciones en garantía: estas serán reguladas, en cuanto a la garantía se refiere,* ***por las leyes del lugar donde esa garantía haya quedado registrada.*** *Es evidente que en caso de que la garantía se deba hacer efectiva por incumplimiento en el pago,* ***las acciones se transmitirán conforme a las leyes de nuestro país, que rigen a la sociedad mexicana.*** *Como puede apreciarse, el criterio del lugar de su ubicación se desplaza por criterios de mayor especialización y funcionalidad respecto a la naturaleza de esos bienes muebles. Lo mismo sucede con la propiedad industrial, donde la regulación tiene sus propias características sobre el derecho aplicable a esos bienes (****marcas, patentes, diseños****, etc.).*

Los procesos de globalización.

Las relaciones jurídicas vinculadas al comercio internacional se han incrementado en la medida en que este ha crecido. Hoy en día el impulso al comercio internacional se ha acelerado gracias a los sorprendentes avances tecnológicos en los campos del transporte y de las telecomunicaciones, que han servido para un traslado más rápido y eficiente de mercancías como también de soporte al desarrollo de sistemas de cómputo en el ámbito internacional. Estos medios constituyen la base para el desenvolvimiento de cualquier proceso a escala mundial.

La expansión del comercio y el acercamiento de las economías se ha expresado por medio de ***conceptos como globalización, internacionalización e interdependencia****.*

Conforme a los dos primeros, se intenta connotar que se viven procesos industriales y comerciales de escala mundial. La interdependencia es su resultado, mediante este concepto se trata de significar que la conexión de las economías nacionales es tal que lo que sucede en una repercute, en mayor o menor media, en las demás, un ejemplo es la crisis económica surgida en Estados Unidos de América a finales de 2008 y que afectó de manera considerable las economías de todo el mundo.

De acuerdo con las consideraciones anteriores, lo que interesa para nuestros propósitos en el acercamiento y, en muchos casos, la vinculación de las economías ha llevado a los gobiernos a modificar o crear normas jurídicas que reduzcan o hagan desaparecer las diferencias locales en el tratamiento de los asuntos jurídicos internacionales, a fin de lograr una economía mundial más eficiente, con menores costos de transacción y provechosa para todos. Este proceso de uniformidad normativa es un medio para la solución de problemas que presenta el tráfico jurídico internacional y, por tanto, es susceptible de ser estudiado por el DIPr. En *materia de personas y derechos de familia, la evolución de los derechos humanos en escala internacional ha traído como consecuencia la asimilación de los extranjeros a los nacionales*.

Otro proceso importante en el ámbito regional es la creación de zonas de libre comercio, mediante las cuales se establecen los instrumentos que promueven el comercio entre países, o bien, se dota al comercio y a la integración industrial avanzados de un marco normativo que los facilite y promueva. Asimismo, mediante este tipo de acuerdos se alcanza una coordinación económica regional que impulsa el desarrollo económico del área. Uniones de este tipo, como la Comunidad Económica Europea primero, ahora la Unión Europea, han tenido además objetivos geopolíticos: la prevención de conflictos que históricamente desembocaron en guerras y migraciones masivas; en todo caso, su repercusión en el derecho ha sido muy importante.

Lo que nos interesa de este tema es que buena parte de los instrumentos que constituyen un acuerdo de libre comercio son objeto de estudio del DIPr, pero sobre todo muchas de las consecuencias que se derivan de estos instrumentos, particularmente las leyes, reglamentos o reglas que rigen cierta disciplina o sector de la actividad comercial. En Europa hubo una diferencia tajante entre el DIPr nacional y el derecho comunitario, que la realidad se encargó de ir diluyendo en beneficio de este último.

Ahora estamos en presencia de otro proceso interesante, en el que se manifiesta la importancia de la eficacia económica por medio de la norma jurídica. En los Reglamentos Roma I y II del Parlamento Europeo se busca esas normas de competencia sean derecho uniforme en toda la Unión para que el comercio fluya; lo interesante es que también se trata de uniformar reglas de conflicto.

En *América Latina*, y en especial en México, *no existe un acervo convencional, legislativo ni jurisprudencial* de tal magnitud que permita hacer esa división. Por ello es previsible que mediante el DIPr se aborden varios de estos temas, con el apoyo del *derecho mercantil internacional y el estudio de los efectos jurídicos internacionales en materia de competencia económica, entre otras, y de los métodos del derecho uniforme, los sistemas sobre solución de controversias y los conflictos por derechos nacionales,* etc., que se dan en el contexto de este tipo de acuerdos de libre comercio.

1.3 El derecho internacional privado en América Latina y en México.

En términos generales, se pueden diferenciar algunos elementos en materia de enseñanza en América Latina por grupos de países y por países en lo particular.

En primer lugar, se encuentra el grupo de países que ratificaron las Convenciones de Montevideo de 1889 y que en esa medida manifestaron su interés por el DIPr desde una época temprana. Varios de ellos han tenido desde el siglo XIX una exposición significativa en el comercio exterior, lo que ha contribuido a la necesidad de reglas internacionales. Por otro lado, estas ratificaciones motivaron algunos profesores civilistas e internacionalistas a poner énfasis en la enseñanza del DIPr en sus cátedras. Los países ratificantes de las Convenciones de Montevideo de 1889 (Argentina, Colombia, Paraguay, Uruguay, Bolivia, y Perú) fueron también signatarios de la Convención sobre Derecho Internacional Privado (*Código de Bustamante)* de 1928; aunque los cuatro primeros lo hicieron *con reservas*, reiteraron su interés por la materia. Una de las razones por las cuales desde época tan temprana estos países elaboraron y ratificaron convenciones en materia de DIPr que sus sistemas jurídicos, principalmente el *Código Civil,* se elaboraron sobre una base territorialista y, por tanto, *permanecieron cerrados o semicerrados al tráfico jurídico internacional*, es decir, requerían la normatividad internacional para su enlace.

Por su parte, Argentina y Uruguay se han destacado desde el siglo XIX por su producción bibliohemerográfica en la materia y por mantener una cátedra de DIPr en todas las Universidades o los Centros de enseñanza del derecho. En ambos países ha habido muy destacados profesores de DIPr a lo largo de los años. Este desarrollo se debe a una gran tradición intelectual en el campo del derecho en general que se ha reflejado en el DIPr. En Uruguay específicamente, existe un nutrido grupo de juristas en la materia que en los últimos 25 años han podido dar impulso al DIPr moderno, todos ellos agrupados en torno a la *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado.*

Perú tiene, a su vez una de las más antiguas tradiciones en el campo del DIPr. Baste recordar que ese país fue el precursor en el mundo de la primera convención

internacional en materia de DIPr; el Tratado de Derecho Internacional Privado de Lima, de 1878. Esa tradición se logró mantener a lo largo de casi dos siglos en la Universidad de San Marcos y ha dado frutos, ya que desde 1984 Perú cuenta con uno de los códigos civiles que, en materia de DIPr, es de los más avanzados en América Latina.

Chile es un caso aparte. Con el primer Código Civil en América Latina (1855), sus disposiciones en materia de DIPr establecieron, sin embargo, un territorialismo de tal magnitud que durante varios años hizo nulo el estudio de la materia y, por ende, una producción bibliohemerográfica reconocida. No obstante, esta situación, la tradición intelectual chilena en el campo del derecho acabó de imponerse y hoy en día Chile tiene cátedras de DIPr en sus universidades más importantes.

México es un caso aparte. Después de más de 40 años con un *sistema territorialista absoluto y, en consecuencia,* con una posición aislacionista respecto de las corrientes del DIPr, a partir de 1975 el sistema jurídico mexicano empezó a abrirse de manera rápida, principalmente por medio del sistema convencional internacional, al grado de liberalizar un sistema jurídico, que ahora permitirá una adecuada integración jurídica con países de sistemas tan diferentes como Estados Unidos de América y Canadá. (con excepción de Quebec, que tiene un sistema jurídico codificado similar al mexicano).

De este breve recorrido puede concluirse, entonces, que en Latinoamérica se tiende hacia el desarrollo del DIPr. Hay también una tendencia, aunque no mayoritaria, a romper los esquemas tradicionales del DIPr e insertar en su objeto de estudio temas que demanda la realidad internacional, especialmente el del comercio entre países. Aún en los casos en que existe resistencia al cambio, la formación de los nuevos juristas se da por medio de materias como *Derecho de los negocios internacionales o Transacciones jurídicas internacionales*, temas cada día más difundidos en los medios académicos y donde felizmente confluyen especialistas en DIPr con mercantilistas interesados en la realidad mundial. En todo caso, el DIPr constituye hoy en día una de las disciplinas básicas que además de mostrar los métodos para la resolución de problemas derivados del tráfico jurídico internacional, contribuye a la formación de los profesionales del derecho en la problemática jurídica de los negocios internacionales.

1.4 Objeto del derecho internacional privado.

La concepción tradicional asigna al DIPr *el estudio del método de los conflictos de leyes*. Algunos autores consideran que debe abarcar también *el tema del conflicto de competencia judicial.* Como ya vimos, por cuestiones de tradición en México se suelen

incorporar además *los temas del derecho de la nacionalidad y la condición jurídica de los extranjeros*.

Ciertos autores han propuesto incluir en el DIPr algunos temas del comercio internacional, especialmente aquellos que se vinculan con la relación privada internacional. Otros más han propuesto, y esta es la corriente mayoritaria, estudiar los diferentes métodos que existen para resolver los problemas que presenta el tráfico jurídico internacional, sin restringirse al sistema conflictual tradicional. Sin embargo, esta pluralidad de métodos presenta la necesidad de definir cuáles son acordes con la naturaleza misma del DIPr, de tal manera que su inclusión no afecte la estructura de la materia.

En conclusión, podemos decir que el objeto del DIPr *es el estudio de los diversos métodos que se emplean para la resolución de problemas derivados del tráfico jurídico privado internacional.*

TERMINOLOGÍA.

Antes de seguir adelante diremos algunas palabras en torno a la terminología con la que se ha conocido y, en algunos casos, se conoce al DIPr.

Se sostuvo en el siglo XIX que, debido a que se trataba del derecho civil llevado a un plano internacional, era más apropiado llamarlo *derecho civil internacional;* sin embargo, esta denominación se quedó corta cuando en ese mismo siglo se incluyeron en el estudio de la materia otros temas no cubiertos *por el derecho civil, como el derecho procesal internacional y algunos aspectos del derecho marítimo, de la propiedad industrial y más tarde del comercio internacional.*

Durante mucho tiempo también se le llamó a la materia *derecho conflictual,* porque el único método para la resolución de los conflictos derivados del tráfico jurídico internacional era precisamente en método conflictual.

En el extremo, hay autores que han discutido si el derecho conflictual es parte del derecho internacional privado, por tener aquél normas de derecho público; quienes esto afirman tienen razón en la medida en que se requieren tratados internacionales para su desarrollo, pero este hecho ya no conduce hoy en día a una discusión sobre su naturaleza. Se trata de posturas doctrinarias ya superadas por la realidad. Actualmente ---y nos referimos a la bibliografía de los últimos años en Europa y Estados Unidos de América ya no hay quien discuta estas cuestiones, sino que los esfuerzos más bien se dirigen hacía temas prácticos.

Diferencia formal entre el derecho interno y el derecho internacional.

El derecho interno tiene una naturaleza y características que, por lo general, no existen en el derecho internacional; son las siguientes:

a) *Cada Estado tiene un conjunto de normas que constituyen un sistema jurídico. Por lo común, esas normas derivan de un cuerpo normativo supremo denominado Constitución.*

b) *Por lo regular, cada sistema jurídico interno tiene prevista la existencia de un legislador o cuerpo legislativo que elabora y emite las leyes, así como de un cuerpo judicial que interpreta dichas leyes y juzga conforme a ellas.*

c) *También existe, en cada sistema jurídico, un órgano o una persona designada para aplicar las leyes que emite el legislador.*

d) *El sistema jurídico de cada Estado tiene, en principio, un ámbito material limitado y definido de aplicación coactiva que se circunscribe al territorio de dicho Estado.*

En cambio, el **derecho internacional** tiene características y naturaleza diferentes de las descritas para el derecho interno:

a) *No existe un conjunto definido de normas ni estas constituyen un sistema, al menos como hasta hoy se determina en muchos de los sistemas jurídicos nacionales; no obstante, hay sistemas internacionales generales, como el Derecho del Mar y el de la Unión Europea. Hay otros también, más limitados pero referidos solo al sector del comercio, como son los casos del Mercosur y del TLCAN (Ahora T--MEC.) Estos sistemas no dependen de una ley suprema de la naturaleza de las que hasta hoy existen en los sistemas jurídicos nacionales; es decir, que establezca los principios que deben de regir a la sociedad. En los casos de sistemas jurídicos internacionales a los que hemos aludido antes, el sistema deriva de uno o varios tratados internacionales, que establecen los principios que lo regulan.*

La Carta de las Naciones Unidas es la normatividad suprema para los miembros de esa organización. Sin embargo, con frecuencia muchas de esas normas *no son respetadas*, sin que sea posible hacerlas cumplir o castigar a los Estados violadores. Existe un Consejo de Seguridad encargado de aplicar sanciones a los países que actúan en contra del derecho internacional, pero ese Consejo se rige en realidad más por intereses políticos que jurídicos y quienes tienen poder de decisión en él son los países con mayor *poder político, económico y militar en el mundo.*

b) **La *Carta de las Naciones Unidas*** *prevé que la Asamblea General es un órgano supremo y que este aprueba la normatividad internacional. En este sentido, podría ser semejante a un congreso o parlamento nacional, pero la gran diferencia es que las normas que aprueba la Asamblea General de las Naciones Unidas no son, en sí mismas, obligatorias para los países*

miembros menos aún para los que votaron en contra. En cambio, en un congreso o Parlamento las leyes aprobadas son efectivas y obligatorias para toda la sociedad del Estado correspondiente.

c) *El Consejo de Seguridad de la ONU que se encarga, en casos extremos, de emitir y aplicar normas internacionales, es un órgano en el que solo están representados de modo permanente, como ya dijimos, los países política, económica, y militarmente más fuertes. De forma minoritaria y transitoria están representados otros países. Por esas razones, este órgano sólo emite y ejecuta normas internacionales cuando prevalece el interés político de alguno o algunos de los miembros permanentes de dicho consejo.*

d) *Las normas de derecho internacional tienen como ámbito de aplicación, en principio, los territorios de los países que las acepten y los espacios comunes de los Estados, como alta mar o el espacio atmosférico, estos últimos regulados exclusivamente por el derecho internacional.*

No obstante estas grandes diferencias, la comunidad internacional tiende a unirse casa vez más. *La cortina de Hierro ha caído* y ya no hay más profundas diferencias. En Europa, salvo el caso de guerras fratricidas locales y transitorias. Después de la entrada en vigor del Tratado de Maastrich (1992), que conformó la Hoy Unión Europea, y con el Tratado de Amsterdam, se ha dado en esa área del Mundo un paso más hacía su integración. Por otro lado, quedó constiuido el Consejo de l Cuenca del Pacífico, del cual México formó parte.

México, Canada y Estado Unidos de América han ratidicado y tienen en vigor el TLCAN hoy (T—MEC), (1994), “La red de Tratados de Libre Comercio de México (es) con 43 países en tres continentes. En fÍn la tendencia hacia un acercamiento de este tipo entre los países es un hecho histórico que tiende a darle mayor vigencia a la normatividad internacional y, al mismo tiempo, a transformar los derechos nacionales para que se coordinen con esa normatividad internacional.

Otros criterios de distinción entre el derecho internacional público y el derecho internacional privado.

Criterio subjetivo.

Los sujetos del DIP *son los Estados y los organismos internacionales.* Acorde con el desarrollo mundial, las llamadas *organizaciones no gubernamentales* (ONG) participan en forma creciente y muy cercana con los Estados nacionales y los organismos internacionales en la discusión de ciertos temas; como *ecología, derechos humanos, igualdad de derechos para las mujeres, defensa de los menores* etc. Este tipo de organizaciones no busca un reconocimiento internacional de la misma naturaleza que

los organismos internacionales, pero su presencia se deja sentir cada vez más en los foros internacionales a la hora de las grandes decisiones. *Por otro lado, la participación de estas organizaciones significa que los asuntos de la humanidad y del mundo han dejado de ser temas reservados exclusivamente a los sujetos tradicionales del derecho internacional*.

Las personas físicas en lo individual también son sujetos del derecho internacional en la medida en que existe un mayor compromiso de los Estados nacionales en lo individual y en lo colectivo para la defensa de los derechos humanos. El comercio entre países se da entre individuos y, por tanto, se encuentra regulado por normas de derecho internacional para que lo faciliten y se interrumpe cuando intervienen derechos nacionales, como el *derecho aduanero regulación sanitaria*. De ahí que, además, la defensa de los derechos humanos suela estar condicionada por su defensa que hagan los países que comercian. Los inversionistas saben que sus inversiones se encuentran mejor resguardadas en países democráticos donde se respetan los derechos humanos.

En los casos de violación a los derechos humanos, las personas físicas pueden recurrir a instancias internacionales, que son las diversas comisiones internacionales en las que pueden entablar demandas en contra del Estado donde se haya cometido la violación.

México, que es miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aceptó su jurisdicción en 1998 al ratificar la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Eso quiere decir que el Estado mexicano o sus funcionarios pueden ser ahora juzgados por un tribunal internacional por violaciones a los derechos humanos, situación que hasta hace poco más de una década era impensable. Esta es una muestra de la forma en que el derecho internacional avanza y se desarrolla.

Después de largas discusiones sobre los sujetos del DIPr, el individuo ha entrado en la escena de manera conducente. En el ámbito internacional empieza a suceder lo que en muchos países es una realidad: *los ciudadanos toman cada día más el control de áreas de gobiernos no protegen o desarrollan con el mismo énfasis que piden las personas y las comunidades. Por medio de las organizaciones no gubernamentales, el individuo ha alcanzado un alto nivel*. Su participación en el derecho comercial ha sido muy importante; *la Cámara de Comercio Internacional (CCI)* es un ejemplo de apoyo activo en la elaboración de reglas que benefician el comercio.

De esta forma, las organizaciones de individuos ocupan cada día más las áreas donde los Estados no dirimen conflictos políticos, pero que requieren protección, ya sea por *ejemplo la preservación de especies en extinción, el tráfico de estos animales, la protección de la capa de ozono o la contaminación de los mares.* Esta actuación de los individuos y de las sociedades en la toma de decisiones es cada día mayor, lo que se

refleja particularmente y desde hace muchos años en Europa, donde se ha llevado a cabo un *proceso de unificación económica, política y monetaria*, por voluntad de los propios individuos a través de plebiscitos y de las sociedades que han empezado a mutar del Estado tradicional hacia un Estado confederado.

Criterio objetivo.

El origen de las normas del DIP es internacional y, excepcionalmente, nacional. En el caso del DIPr, el origen de sus normas es inverso: nacional y excepcionalmente internacional.

Sin embargo, el criterio anterior tiene algunos matices importantes que apuntan en el sentido de que ese concepto tradicional de diferenciación empieza a modificarse. En el DIP *actual la normatividad es de origen internacional*, *pero hubo épocas en que las leyes de las grandes potencias se proyectaban hacía el exterior. Por ejemplo, hasta antes de la Segunda Guerra Mundial el derecho que imperaba en los mares era el inglés, y lo mismo sucedía en materia de usos y costumbres de gran parte del derecho mercantil internacional.* Por su lado el DIPr había sido formado tradicionalmente por normas de derecho interno, pero en la actualidad, debido al creciente número de convenciones y tratados internacionales en la materia, hay un incremento constante en normas de origen internacional.

1.5 Antecedentes históricos.

Desde la antigüedad el derecho internacional se empieza a tejer al interior de los sistemas jurídicos: la *Regla de conflicto* con antecedentes remotos se crea para enlazar, a partir del derecho interno, a otros sistemas jurídicos, y cuando fue necesario, por medio de tratados entre países.

La concepción moderna del DIP se inicia en la Edad Media, con la escuela italiana de los llamados *posglosadores* (siglo XIII). Antes de esta época hay un amplio número de antecedente, de los cuales nos referiremos solo a tres brevemente.

La pluralidad de leyes.

Significa que en un momento determinado y dentro de un territorio específico existe la posibilidad de aplicar una ley de entre varias que son susceptibles de ser aplicadas. En Grecia clásica existían ciudades—Estado *con legislación, instituciones y autoridades propias*. Con un considerable tráfico de personas y bienes entre esas ciudades—Estado, se produjeron múltiples problemas acerca de qué ley aplicar. Hans

Lewald nos informa del caso de Isócrates, *quien en su famoso discurso. La Eginética se refiere a un proceso realizado en Egine sobre la validez del testamento de un extranjero fallecido en esa ciudad, donde estaba domiciliado.* En este proceso, Isócrates afirmaba que había cuatro leyes susceptibles de ser aplicadas: *la ley de Egine, por ser la ley del último domicilio del difunto; **una segunda** ley, la del lugar de celebración del testamento; **una tercera**, la del origen del testador (diríamos hoy en día; la ley de su nacionalidad) y **una cuarta** ley: la del lugar donde el heredero estaba domiciliado.*

Existen otros muchos ejemplos; sin embargo, mencionaremos solo uno más: en *las Cartas a Ático, Cicerón* se refiere al *Edicto Asíatico de Quinto Mucio,* hijo de Publio, en el que se establece: "*Excepto que la transacción haya sido tal de buena fe, que si no sus términos no deban ser respetados*". *La calificación de la buena fe será local* "la estipulación que los griegos consideran como la salvación de su libertad: que tengan que arreglar sus diferencias de acuerdo con sus propias leyes". Se trata de una disposición que se acerca a la excepción de "***orden público***" por la que se analiza internamente la aplicación de la ley extranjera y, de no ser conveniente, se le rechaza y se aplica la ley del foro.

Personalidad de las leyes.

Consiste en aplicar la ley en razón de la calidad de la persona. Esta tradición nace en Roma, donde durante el Imperio, a los ciudadanos romanos se les aplicaban las leyes del *jus civile* y a los extranjeros (a los peregrinos) el *jus gentium*, que preveía, entre otras cosas, la aplicación de leyes de su origen. Las relaciones entre los ciudadanos romanos y peregrinos o entre peregrinos originarios de ciudades diferentes eran reguladas de acuerdo con el *jus Gentium.*

Hay que tener en cuenta la época del derecho romano clásico: Roma había iniciado sus guerras de anexión de territorios, los ciudadanos romanos incrementaron sus relaciones con peregrinos en los territorios de conquista y, por tanto, se *pretendía que la ley de la Ley de romana, el jus civile, para los ciudadanos* y el *jus gentium para los peregrinos, se les aplicaba sin importar el lugar en que estuvieren domiciliados*. *Se pretendía en esas circunstancias una aplicación extraterritorial de la ley romana*. En función de la persona, en este caso, su calidad de romano o peregrino.

A la caída del Imperio romano, las tribus que lo habían *conquistado---galos, francos, visigodos, hunos,* etc.—convivieron en el mismo territorio y cada una de ellas elaboró sus propias leyes a partir del derecho romano, pero conservando sus costumbres y tradiciones. De esta manera se presentaron problemas interesantes en la medida en que la ley se aplicaba de acuerdo con el origen tribal o la raza de cada individuo.

Poco a poco la ley personal fue sustituida por una ley objetiva; en este caso fue la ley de las costumbres del lugar. De esta manera, el juez aplicaba la ley a la mayoría de los habitantes. Así, en cada señorío aparecieron costumbres diferentes y la ley se aplicaba conforme al territorio donde se encontraba la persona. Las costumbres territoriales surgieron con los señores feudales.

Territorialismo de las leyes.

Consiste en aplicar la misma ley del foro a todas las personas que se encuentren dentro de un territorio determinado, sin tomar en cuenta su origen.

En los territorios del otrora Imperio romano surgió el sistema feudal, al fraccionarse esas grandes extensiones territoriales en múltiples pequeños señoríos. El vasallo era titular de los exiguos derechos que el señor feudal le concedía. Dentro de cada feudo solo regía una ley: la que dictaba el señor feudal. El mandato soberano se aplicaba por igual sobre personas, bienes o litigios.

> *Un ejemplo de este territorialismo es el art. 12 del CCDF, después de su reforma en el año 2000, que establece "Las leyes para el Distrito Federal, se aplicarán a todas las personas que se encuentren en el territorio del mismo, sean nacionales o extranjeros".*

El territorialismo o las tendencias territorialistas, aunque matizadas, volvieron a surgir y desaparecer, sucesivamente, a lo largo de la historia del DIPr, dependiendo sobre todo de las circunstancias históricas, que por lo general fueron determinadas por cuestiones de orden político.

Escuelas de la Edad Media.

En el siglo XI el monje Irnerio descubrió en una biblioteca de Pisa, semiabandonado y polvoso, el *Codex Secundus,* que era la codificación más acabada del derecho romano. Lo llevó a Bolonia, donde un nutrido grupo de juristas lo estudiaron e hicieron sus comentarios (glosas) sobre diversas partes de la obra. A este movimiento se le llamó *escuela de los glosadores.*

Escuela de los glosadores.

Dentro de esta escuela, dos autores establecieron las bases de las instituciones modernas del DIPr, entre ellas la de los estatutos: en el siglo XII Azón, con su obra *Summa codicis* y Carlous de Tocco, con su glosa *Statum non ligat nisi súbditos* (Gutzwiller).

Por su parte Acursio, con su glosa *Ordinaria,* variante de la anterior, establece el principio *lex fori,* conforme al cual la ley debe tener un ámbito de aplicación en el espacio, y en este caso dicho principio indica que *el juez debe aplicar invariablemente su propia ley* en cuanto al procedimiento. A su vez, Jacobus Balduini establece una significativa: en materia de procedimientos, y siguiendo la propuesta de Acursio, sostiene que *el juez debe aplicar su propia ley* (*ad litem ordinaria),* pero referida *solo a los procedimientos;* sin embargo, en cuanto *al fondo del asunto,* y de manera específica en materia contractual *(ad litem dedicendam), será aplicable la ley del lugar donde el contrato se hubiese celebrado*. Por ejemplo, en la época moderna se distingue con claridad ese sistema mixto donde el juez nacional aplica sus normas de procedimientos, que con frecuencia son consideradas de **orden público**, y eventualmente, *si el caso así lo amerita, aplica una ley extranjera para dirimir el fondo del conflicto que ha sido puesto a su consideración.*

Escuela de los posglosadores.

En la misma Bolonia floreció esta escuela a finales del siglo XIII y durante el siglo XIV. Bartolo de Sassoferrato es su autor más destacado y se le considera el fundador del DIPr moderno, ya que en glosas hace una síntesis de todos los estatutos que hasta esa fecha existían en la materia y los tradujo en los principios que regirían hacia el futuro. Sus discípulos más destacados fueron Guillaume de Cun, Baldus de Ubaldis, Albericus de Rosata, Bartholomeus de Saliceto, Rapahel Folgosius y Jhannes Baptista Cacciolupus.

En Italia el feudalismo no tuvo raíces profundas que alcanzó en el resto de Europa. La existencia de ciudades—Estado (*reinos, principados, ducados, etc*.), con sus propias leyes dentro de un territorio relativamente reducido, y en gran desarrollo del comercio, provocaron la necesidad de contar con un sistema de solución al tráfico jurídico que ahí se daba y que hoy llamaríamos *internacional.* De esa época provienen gran parte de los principios que siguen vigentes.

Guillaume de Cun distinguió entre estatutos *(leyes) reales, que rigen los bienes, y estatutos personales, que rigen a las personas*. ***Los primeros****,* con efecto territorial: *lex rei sitae,* es decir, la ley de su ubicación rige los bienes. ***Los segundos***, con efecto extraterritorial: *lex personae, rigen a las personas de acuerdo con su origen (lo que hoy en día llamamos nacionalidad).* Hay que recordar que de esta época data la *lex mercatoria,* las reglas los comerciantes o grupos de comerciantes elaboraban para regular sus transacciones comerciales.

Bartolo de Sassferrato consideró que debía existir un estatuto intermedio aplicable a los actos jurídicos y así propuso el principio *locus regit actum,* que equivale a que la ley **del lugar donde se celebra el acto sea la que lo rija**. En cuanto a los efectos de los

actos, Bartolo propuso *dos principios: los actos ilícitos serían regidos por la lex loci commissi delicti (**ley del lugar en donde se comete el ilícito**)* y los efectos de los actos por la *lex loci solutionis* o *lex loci executionis* (***ley de lugar de ejecución***).

Escuela francesa del siglo XVI.

Esta escuela, también conocida como la de los *jurisconsultos consuetudinarios,* tiene importancia en el DIPr en la medida en que dos de sus autores más destacados, con ideas distintas e incluso contradictorias, formularon dos de los métodos que aún persisten en la materia.

Charles Dunoulin (Carolus Molineaux, 1500-1566), bajo la influencia de los posglosadores, redactó. *Un comentario de los feudos de la costumbre de París.* Sus glosas las realizó de acuerdo *con un método analítico y universal*. Conforme a este método, no solo desarrollo las ideas de los posglosadores, sino que estableció las bases para el surgimiento de todas las ideas supranacionalistas, es decir, no tomar en cuenta únicamente los criterios de orden local, sino también las leyes que fueran aplicables de acuerdo con las circunstancias, incluidas leyes de otros lugares.

Otro autor de la escuela francesa del siglo XVI es Bertand d´ Argentre (1519-1590), de origen noble y conservador, que elaboró su glosa *La costumbre de Bretaña;* en ella delineó el método dogmático y la idea sistemática del *territorialismo.* Su principio básico fue *finitas protestas, finitas jurisdictio et cognitio.* De ahí deriva otros *dos principios*; los ***bienes inmuebles se rigen por la ley del lugar de su ubicación*** *(lex rei sitae),* y las ***personas se rigen por la ley de su domicilio y los bienes muebles por la ley del domicilio de su propietario*** que, en el siglo XIX, fue traducido como *mobilia seguntur personam.* D´ Argentré justifica de manera excepcional la aplicación de leyes extranjeras con base en los principios *justicia y equidad.*

Escuela holandesa del siglo XVII.

Los países Bajos viven durante la primera mitad del siglo XVII, la denominación española, de la que se liberan como consecuencia de la Paz de Wesfalia en 1648: los años de ocupación dejan un sentimiento de profundo malestar y de ahí surge el nacionalismo.

Otros autores, Paul Voet (1610-1677), Ulrich Huber (1636-1694) y Jean Voet (1647-1714); desarrollan las ideas que se conocen propiamente como la *escuela holandesa. Las* ideas básicas son las siguientes: *la ley holandesa debe aplicarse de manera general a toda persona y a todo acto jurídico en territorio holandés*. Debido a la necesidad de combinar ese territorialismo con el comercio internacional, *dichos autores aceptan la aplicación de la ley extranjera con objeto de preservar los derechos*

adquiridos fuera de Holanda, teoría que en el siglo XIX se desarrolla con el título de los Vested rights ***o los derechos adquiridos***. Para justificar la aplicación de la ley extranjera, estos autores elaboraron el principio de la *Comitas,* por el cual el soberano holandés, *en un acto de generosidad y solidaridad con otros Estados, aceptaba de manera excepcional la aplicación de dicha ley en su territorio.*

1.6 Épocas moderna y contemporánea.

Con el objeto de sistematizar las principales ideas de autores del siglo XIX y mediados del siglo XX, y con fines exclusivamente pedagógicos, nos referiremos a la clasificación elaborada por el ilustre profesor español José de Yanguas Messía distingue tres tendencias principales:

1. La que considera que el DIPr debe integrarse por normas supranacionales.
2. La que ubica al DIPr en un orden jurídico interno.
3. La que le atribuye una posición autónoma en el marco general del derecho.

Dichas tendencias se denominarán, respectivamente, *teorías supranacionalistas, internistas o territorialistas y teorías autónomas.*

1.- Teorías supranacionalistas. Consideran que el DIPr *debe tener un contenido normativo de naturaleza supranacional.* Se origina con los trabajos de Dumoulin y fueron desarrolladas por los juristas de principios del siglo XX, quienes de manera ideal creían que debía existir una comunidad de Estados vinculados por una normatividad internacional (internacionalistas), así como por otros autores que propusieron una comunidad jurídica universal de personas (universalistas). La tendencia actual ha recibido una influencia muy amplía de estos pensadores, en la medida en que un número cada día mayor de normas de DIPr provienen de tratados y convenciones internacionales.

2.- Teorías territorialistas o internistas. Postulan *que las normas del DIPr deben tener un carácter nacional, pues el derecho nace y se agota en el ámbito interno*. Su origen está en las ideas de D´ Argentré, que han florecido en épocas de sentimientos nacionalistas o independistas. Aunque todavía resistentes en algunos países, actualmente se observa una clara tendencia a su desaparición.

3.- Teorías autónomas. Afirman que el DIPr *debe elaborarse tanto con un contenido normativo interno como internacional sobre la base del derecho comparado.* Los autores que se adhirieron a estas teorías expusieron sus ideas

entre los años 1930 y 1960 y se considera que sentaron las bases del DIPr contemporáneo. Cabe destacar a dos autores: Ernst Rabel en Alemania y Henri Batiffol en Francia. Ambos autores son, entre otros, los precursores del método del derecho comparado en el estudio del DIPr y, por tanto, sus ideas pueden ser consideradas la base del DIPr moderno.

1.7 Fuentes del derecho internacional privado.

Fuentes nacionales.

La ley.

Cada Estado cuenta con un sistema específico de creación normativa. La gran mayoría de normas creadas mediante el proceso *legislativo o jurisprudencial* ***son materiales o sustantivas.*** En un número menor *hay otras normas, las adjetivas, que posibilitan la aplicación de* ***las primeras****,* como las normas procesales o las normas de conflicto, que tienen por objeto designar la norma que debe ser aplicable. El DIPr se nutre de ambos tipos de norma.

La ley, como fuente del DIPr, varía según el sistema jurídico de que se trate. En la mayoría de los sistemas jurídicos las normas de DIPr son escasas y se hallan diseminadas en todo el sistema.

En México, las normas de DIPr se encuentran en los diferentes códigos civiles y de procedimientos civiles de las diversas entidades federativas. También existen en la **legislación federal, como el *Código Civil Federal,* el *Código de Comercio, la ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el Código Fiscal, la Ley de Propiedad Industrial, etc.*** *C*omo se puede apreciar, el DIPr es el derecho internacional de la mayoría de las materias jurídicas. De ahí que el iusinternacionalprivatista deba tener un buen manejo de los principios jurídicos en la medida en que debe abordar varias materias, incluso de distinta naturaleza y sistemática: *El derecho de familia, el derecho comercial y los procedimientos judiciales.*

Cabe destacar que algunos sistemas jurídicos cuentan con un cuerpo más o menos homogéneo de normas de DIPr, como son los casos de Suiza, Alemania, Polonia, Portugal, Grecia, Perú y Venezuela, aunque en la mayoría de los países esas normas se encuentran diseminadas en todo el sistema.

El art. 73 de la *Constitución Política de los Estados Unidos* establece la facultad del Congreso para legislar. El art. 116 del mismo ordenamiento faculta a los Estados de la Federación para legislar en el ámbito de su competencia, y los arts, 103 y 104 determinan la competencia de los tribunales federales. A su vez, el art. 121 se

establecen las bases generales conforme a las que deben regirse los conflictos de leyes que surjan entre las entidades federativas.

La jurisprudencia.

Los tribunales del Estado son los órganos encargados de interpretar y aplicar las normas jurídicas. El criterio uniforme de interpretación en la aplicación de esas normas constituye la jurisprudencia.

Los tribunales interpretan las normas jurídicas en casos concretos, y cuando esa interpretación es uniforme crea la fuerza del precedente y suele ser obligatoria. En el DIPr, la jurisprudencia es importante en la medida en que permite a los jueces—mediante la interpretación ampliar los supuestos de las normas jurídicas internas y con ello enriquecer los criterios establecidos en sus leyes, y lo que es más importante: darle, certeza a las personas en cuanto al sentido y alcance de las normas jurídicas.

Así, en algunos países el desarrollo del DIPr **obedece casi totalmente a la jurisprudencia:** Estados Unidos de América, Inglaterra, Francia, Alemania, Argentina, etc.

Por otro lado, el desarrollo jurisprudencial ejerce influencia sobre la doctrina: los autores analizan la jurisprudencia y derivan comentarios que más tarde son consultados por los jueces.

En México, la jurisprudencia es poco sistemática y no obedece a principios generales, al menos en todos los casos; sin embargo, es previsible que los tribunales mexicanos tengan mucho que decir en los próximos años dado el incremento del tráfico jurídico internacional, sobre todo porque este país ocupa el lugar 17 entre los países exportadores del mundo (según datos de 2009).

Los artículos 14 constitucional, 19 del Código Civil Federal y el Código Civil para el Distrito Federal, 192 y 193 de la Ley de Amparo y 259 del Código Fiscal de la Federación, establecen la importancia y fundamentación de la jurisprudencia.

La costumbre.

En el DIPr la costumbre es importante, sobre todo en el área del comercio. Hoy en día, en el comercio internacional los usos y costumbres son una de las fuentes más importantes de creación normativa.

En el derecho mexicano la costumbre es reconocida como fuente del derecho por el *Código de Comercio, arts. 280, 304 y 333,* por la *Ley Federal del Trabajo, art. 17.* el *Código Civil para el Distrito Federal la reconoce* en algunos casos: arts. 997, 999, 2457, 2496, 2741, 2754 y 2760.

La doctrina.

Las opiniones emitidas por los autores acerca de cierto aspecto del derecho constituyen la doctrina. Se puede hablar de la doctrina predominante cuando la mayoría de los autores se pronuncian en el mismo sentido sobre un aspecto determinado.

En el DIPr, como en otras materias del derecho, la doctrina cumple una doble función: ***primero****,* interpreta normas jurídicas o las decisiones de los tribunales y, con frecuencia, esa interpretación se originan teorías; ***segundo*****,** las teorías sirven al legislador o a los jueces para desarrollar y darle contenido a su trabajo. *La doctrina extranjera puede tomarse en cuenta*.

En México existió una doctrina en materia de DIPr durante casi 55 años en el siglo XX. Sin embargo, a partir de 1932, con la entrada en vigor del *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal,* seguido por la gran mayoría de los Códigos de los Estados, se estableció en el País un sistema territorialista que cerró jurídicamente a México hacía el exterior y con él la doctrina fue muy escasa hasta la década de 1980, cuando se reinició una nueva corriente doctrinal, incluidas en 1987 las reformas de aquel Código.

El art. 14 constitucional reconoce a la doctrina como fuente del derecho: "*la interpretación de la ley*", que no debe ser tomada únicamente como fuente de validez de la jurisprudencia, sino también de la interpretación de los abogados, y de quienes estudian la ley. El precepto constitucional no distingue.

Fuentes internacionales.

Tratados y convenciones.

Son acuerdos de naturaleza internacional mediante los cuales los Estados establecen derechos y obligaciones a su cargo sobre diferentes asuntos de su interés.

En materia de DIPr existen convenios o tratados sobre distintos temas, *nacionalidad o la condición jurídica de los extranjeros y diversos aspectos del tráfico jurídico internacional*. En *el* ***primer*** **caso** se establecen reglas generales para regular la doble nacionalidad. En *el* ***segundo****,* hoy poco frecuente debido principalmente a la igualdad basada en derechos humanos en escala internacional, se reducen o eliminan las diferencias en el goce de derechos entre nacionales y extranjeros.

En materia de comercio se celebran en la actualidad diversos tratados y acuerdos internacionales por medio de los cuales se protege al inversionista extranjero, creando sistemas de solución de controversias donde los Estados solo participan en su

administración; estos sistemas operan sobre las bases del arbitraje internacional, con árbitros libremente escogidos por las partes.

En los tratados relativos al tráfico jurídico, el análisis de los *diferentes aspectos, como adopción, notificaciones, autenticidad de documentos,* etc. se hace atraves de distintos métodos, por ejemplo, **mediante la elaboración de normas conflictuales que los jueces de los países integrantes del acuerdo deben consultar para conocer el derecho aplicable.** En este caso se lleva la norma conflictual a la categoría de tratado, por lo que los jueces deben consultarla para determinar *la ley aplicable* y así lograr una mayor uniformidad en las soluciones. Otro método, el prevaleciente, consiste en establecer ***normas sustantivas*** (derecho uniforme), que también deben de ser consultadas, pero de manera directa, para encontrar en ellas la respuesta; finalmente, existe el *método mixto,* en el que se ***combinan normas de conflicto y normas sustantivas*.** La elaboración de convenciones internacionales en materia de DIPr tiende hoy hacía el método de normas sustantivas, que se denomina *derecho uniforme.*

Latinoamérica cuenta con una amplia tradición convencional en el campo del DIPr, que puede dividirse en cuatro etapas**.** ***La primera*** se inició en 1878 con el Tratado sobre Derecho Internacional Privado de Lima, Perú—primer tratado en materia de DIPr en el mundo---, y concluyó en el Primer Congreso de Montevideo de 1888-1889, en el que se aprobaron ocho convenciones sobre una amplia gama de temas: *derecho procesal internacional, propiedad literaria y artística, patentes de invención, marcas de comercio y fabrica, derecho penal internacional, ejercicio de profesiones libres, derecho civil internacional, derecho comercial internacional y un protocolo a dichos tratados.* En ese Congreso participaron Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay.

La segunda *etapa* comenzó con la Primera Conferencia Internacional Americana de 1889—1890, en la que se creó la Unión Internacional de las Repúblicas Americanas, y término con la Sexta Conferencia; en esta se aprobó la Convención sobre Derecho Internacional Privado del 20 de febrero de 1928 (llamada *Código de Bustamante).* Esta Convención es un verdadero Código de DIPr, *constituido por 437 artículos que incluyen* ***derecho civil, comercial, penal y procesal****.* La Convención fue ratificada por 15 países; México la firmó, pero no la ratificó.

La tercera *etapa* empezó en la Séptima Conferencia Internacional Americana, celebrada en Montevideo en 1933, en la que se adoptó una resolución acerca de los métodos de codificación del derecho internacional público y privado, y se crearon la Comisión de Codificación del Derecho Internacional y la Comisión de Expertos. Esta etapa se agotó en la Octava Conferencia Internacional Americana de 1948, en la que se constituyó la Organización de los Estados Americanos (OEA) y se integró el Consejo Interamericano de Jurisconsultos como órgano permanente de la Institución. Más tarde, en la OEA funcionó el sistema de comisiones para analizar asuntos muy precisos. Durante esta etapa se llevó a cabo la Segunda Conferencia de Montevideo (1939—

1940), en la cual se aprobaron ocho tratados y un protocolo. Los **temas de las conven ciones *fueron asilo y refugio político, propiedad intelectual, ejercicio de profesiones libres, navegación comercial internacional, derecho penal internacional y derecho procesal internacional*.** Los países participantes fueron Argentina, Chile, Colombia, Bolivia, Brazil, Paraguay, Perú y Uruguay.

***La Cuarta** etapa* comenzó en enero de 1975 con la celebración de las Conferencias Americanas Especializadas en DIPr (CIDIP), que iniciaron en Panamá en 1975; su sexta conferencia se celebró en la ciudad de Washington en febrero de 2002 y la séptima conferencia se encuentra en proceso de organización, tratando de temas de *protección al consumidor y el registro de las garantías monetarias*.

Hasta ahora, el proceso de la CIDIP ha producido 26 instrumentos interamericanos (incluidas 20 convenciones, tres protocolos, una ley modelo y dos documentos uniformes. Estos instrumentos cubren una variedad de temas y fueron diseñados a fin de crear un marco jurídico efectivo para la cooperación legal entre Estados americanos, *dar certeza a transacciones civiles y comerciales entre personas, así como precisar los aspectos procesales de los negocios de personas en el contexto interamericano*.

En la primera de las conferencias, de la ciudad de Panamá, se aprobaron seis convenciones acerca de los *conflictos de leyes en materia de cheques, del régimen de poderes para utilizarlos en el extranjero; de letras de cambio, pagarés y facturas; de arbitraje comercial internacional, de exhortos o cartas rogatorias, y de recepción de pruebas en el extranjero. De estas* convenciones México ha ratificado las cinco últimas; por tanto, son derecho positivo mexicano.

La Segunda Conferencia Americana Especializada en DIPr (CIDIP—II) se celebró en Montevideo durante abril y mayo de 1979, y en ella se aprobaron ocho convenciones que tratan de los temas siguientes: *conflictos de leyes en materia de cheques, medidas cautelares, eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, domicilio de las personas físicas en el derecho internacional privado; sociedades mercantiles, prueba e información respecto del derecho extranjero, y normas generales de derecho internacional privado.* También se formuló el Protocolo Adicional a la Convención relativa a Exhortos y Cartas Rogatorias, firmada en Panamá. México ha ratificado las seis últimas convenciones.

La Tercera Conferencia Americana Especializada en DIPr (CIDIP--III) se realizó en La Paz, Bolivia, en mayo de 1984, y en la misma se aprobaron cuatro convenciones relativas a los temas siguientes: *competencia en la esfera internacional para la eficacia de las sentencias extranjeras; el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero; adopción de menores, y personalidad y capacidad de las personas jurídicas en el derecho internacional privado. México ratificó estas convenciones.*

La Cuarta Conferencia Americana Especializada en DIPr (CIDIP—IV), cuya sede fue nuevamente Montevideo, se llevó a cabo en julio 1989; se aprobaron en ella tres convenciones, las cuales trataron lo *relativo a la restitución internacional de menores, obligaciones alimentarias y transporte internacional de carga por carretera*. México ratificó las dos primeras de estas convenciones.

En marzo de 1994 se llevó a cabo la CIDIP—V en la ciudad de México. En ella se aprobaron dos convenciones: la primera sobre derecho aplicable a los contratos internacionales y la segunda sobre el tráfico internacional de menores. México todavía no ha ratificado ninguna de estas convenciones.

La CIDIP—VI se celebró en la ciudad de Washington en febrero de 2002 y se discutieron los temas siguientes: *la Convención sobre la ley aplicable y jurisdicción internacional competente en materia de responsabilidad civil extracontractual por daños ocasionados por contaminación transfronteriza; las reglas en materia de documentos y firmas electrónicas, la carta de porte (negociable y no negociable) interamericana para el transporte internacional de mercancías por carretera y la Ley Uniforme en materia de garantías mobiliarias*. Las dos primeras no fueron aprobadas, pero se recomendó continuar su discusión en la siguiente CIDIP; las demás fueron aprobadas por la Conferencia. México aún no adoptado los instrumentos aprobados por la CIDIP-VI.

El 7 de junio de 2005, en la cuarta sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, se resolvió adoptar la siguiente agenda para la VII CIDIP.

- *Protección al consumidor: Ley aplicable, jurisdicción y restitución monetaria (Convención y Leyes Modelo)*
- *Garantías mobiliarias: Registros electrónicos para la implementación de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias.*

Como puede apreciarse, poco a poco se empiezan a dejar los temas de familia para enfilarse hacia los comerciales y, específicamente, hacia aquellos vinculados con los procesos de libre comercio en el ámbito internacional.

La costumbre internacional.

El uso reiterado de ciertos principios en materia de DIPr provocó que se hayan incorporado en diversas legislaciones nacionales, o bien que los jueces de diversos países los tomen en cuenta en sus decisiones. Entre los principios más importantes destacan cuatro:

1. *Locus regit actum* (**la ley del lugar rige al acto**). Así, por ejemplo, la ley aplicable a la formación de un contrato es, de acuerdo con este principio*, la ley del lugar de su celebración*. En su origen, conforme a este principio se

determinaba *la ley aplicable* ***a la forma y al fondo de dicho contrato***. Actualmente se le considera, por lo general, únicamente en cuanto a la forma.

El artículo 13*, Fracc. IV, del Código Civil Federal y el Código Civil para el Distrito Federal establece en su primera parte. "La forma de los actos jurídicos se regirán por el derecho del lugar en que se celebren."*

Este principio implica que todos los actos solemnes—que cada día son menos—se realicen **conforme a la ley del lugar donde se celebren, la ley que regirá su forma**, por ejemplo, ***el matrimonio, el divorcio****,* ***la adopción, la adquisición de un bien inmueble*****,** etc. Si bien es importante en algunos casos, se trata también de un principio residual en materia contractual general.

2. *Lex rei sitae* (**la ley del lugar donde los bienes se ubiquen es la ley que los rige)**. Esta ley determina quién es el propietario de los bienes, a qué modalidades debe sujetarse su transmisión, sus gravámenes, etc. Hay también un aspecto práctico: los registros de bienes se encuentran dentro de la jurisdicción del juez que habrá de determinar si tal o cual gravamen debe ser inscrito o no o quien es el verdadero propietario en caso de un conflicto, y hacer registrar el bien a nombre de su verdadero (legal) propietario.

   El artículo 13, *Fracc. III, del Código Civil Federal (y también el Código Civil para el Distrito Federal en términos similares), establece: "La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes, y los bienes muebles que se encuentren en el Distrito Federal, se regirán por las disposiciones de este Código, aunque sus titulares sean extranjeros."*

3. ***Mobilia sequintur personam*** **(los bienes muebles siguen a las personas)**. El derecho que regula los bienes inmuebles tiene relación directa con el territorio, y. por tanto, se le vincula con la soberanía de los Estados, de ahí que se pretenda que la ley aplicable sea la del lugar donde se ubican los inmuebles. En el siglo XIX los sistemas jurídicos nacionales adoptaron unánimemente que los **bienes inmuebles fueran regidos por la ley de su ubicación y los muebles por la ley del domicilio de sus propietarios, por ser este un punto de conexión más estable**. La legislación mexicana en materia de competencia judicial adopto desde hace varios años el criterio anterior, o sea, el *mobilia seguntur personam.* Que ahora comentamos.

   En este sentido, los Códigos de Procedimientos Civiles, Federal y para el Distrito Federal, en sus arts. 24 y 156, fracc. IV, en ambos casos establecen

como juez competente *en materia de bienes muebles al del domicilio del propietario.* **Sin, embargo, la tendencia moderna apunta en el sentido de que los títulos, y los valores bursátiles y financieros, se rijan por las leyes del lugar de su registro o su emisión**. Aquí la idea es que quien adquiera este tipo de títulos o valores no tenga que consultar el origen de los mismos y, por tanto, su ley aplicable, sino que simplemente conozca si su *emisión, transmisión u otorgamiento en garantía es válido conforme a la ley de lugar de su registro*. Por ejemplo, *en el caso de las acciones cotizadas en bolsa, bastará conocer la ley que rige dicha bolsa de valores: Nueva York, Londres, Tokio, México,* etc. para saber si el acto que rige al título o valor tiene validez jurídica.

En diciembre de 2002 la Conferencia Permanente de la Haya en materia de Derecho Internacional Privado aprobó la Convención sobre la ley aplicable a los derechos sobre valores anotados en cuenta, en la que se establece que la *ley aplicable sea la del lugar del intermediario directo o relevante de dichos valores* (*place of the relevant itermediary approach, conocido como PRIMA)* México firmó esta Convención, pero aún no la ha ratificado. Como puede apreciarse, y ya lo hemos mencionado, en este tipo de bienes muebles las conexiones con la ley aplicable abandonan el principio tradicional de la ley del lugar de su ubicación debido a necesidades propias del comercio de estos bienes específicos.

4. *Lex fori* **(la ley aplicable al procedimiento en un juicio debe ser la ley del tribunal en que dicho juicio se sigue**). También se expresa mediante este principio, cuya traducción literal es *ley del foro,* no solo la ley del tribunal, sino la ley local en general. Así, por ejemplo, la expresión: *La calificación es lex fori* implica *que la calificación se hará de acuerdo con la ley local*, sin que necesariamente sea la ley procesal (la primera escuela: calificación lex fori). Ambos sentidos son aceptables y su precisión viene del uso del contexto: *la lex fori del juez es la ley de procedimientos, la lex fori de México es la ley interna.*

La jurisprudencia internacional.

Los tribunales también emiten jurisprudencia. Su importancia consiste en que significa un precedente en un nivel donde los juicios son poco frecuentes. Entre dichos tribunales está *la Corte Internacional de Justicia* y su antecedente inmediato, *la Corte Permanente de Justicia Internacional* y la *Corte Permanente de Arbitraje Internacional*.

Estos tribunales tienen por objeto juzgar casos vinculados a las relaciones internacionales entre países con la aplicación del derecho internacional público, de ahí

que solo en contadas ocasiones se hayan pronunciado sobre casos o cuestiones de DIPr. Entre las pocas sentencias relacionadas con el DIPr se cuentan cuatro y son:

1. Dos sentencias (12 de julio de 1992) relativas a ciertos préstamos emitidos por entidades financieras privadas de Francia a los gobiernos serbio y brasileño. En virtud de que esos préstamos los realizaron los ahorradores particulares franceses, en gobierno francés, que en esa época había desplegado una intensa campaña de ahorro, debió sustituir a las instituciones prestatarias como acreedor de la deuda para establecer la confianza en el público y con ese carácter demandó a dichos gobiernos ante la Corte Permanente de Justicia Internacional. Como era natural, en una deuda contratada originalmente con entidades financieras privadas francesas, la documentación de la deuda (y más tarde su cobro) suscitó problemas relacionados con el DIPr que la Corte tuvo que conocer y resolver.

2. Otra sentencia (18 de noviembre de 1953) de la Corte Internacional de Justicia permitió que esta se pronunciara acerca de cuestiones relacionadas con la nacionalidad de una persona física. Se trató del caso Nottebohm, en el cual una persona con este apellido y originalmente de *nacionalidad alemana* fue *expulsada de Guatemala,* donde residía desde 1905, y además privada de los bienes que poseía en ese país, mediante el secuestro de estos que llevó a cabo el gobierno guatemalteco a petición de Estados Unidos de América, por considerarlo nacional de un Estado enemigo (Segunda Guerra Mundial). Sin embargo, en un procedimiento extremadamente rápido (menos de 15 días) en el que gozó de una serie de dispensas de trámite, Friedrich Nottebohm había obtenido (23 de octubre de 1939) la nacionalidad de Principado de Liechtentei, la cual no fue reconocida posteriormente por Guatemala.

De esta manera, Liechtenstein demando a Guatemala ante la Corte, con el argumento de que se violaron los derechos de un nacional suyo. Entre otras cuestiones de interés, la Corte llego a la definición de lo que consideró "*la nacionalidad efectiva*" en los términos siguientes "*la nacionalidad es un nexo jurídico que tiene como base un hecho social de relación, una solidaridad efectiva de existencia, de intereses, de sentimientos, unidos a una reciprocidad de derechos y deberes*". Precisamente esa "nacionalidad efectiva" no la encontró la Corte entre Nottebohm y el Principado de Liechtenstein, por lo que resolvió a favor de Guatemala.

3. En otra sentencia (28 de noviembre de 1958), la Corte debió conocer y pronunciarse de nuevamente respecto de cuestiones de DIPr. De manera breve, los hechos de este caso son los siguientes: a la muerte de su esposa, Johannes Boll, de nacionalidad holandesa, según la ley de ese país se

convirtío en tutor de su hija María Elizabeth Boll. El 18 de marzo de 1954, a petición del padre y sin mencionar las nacionalidades de padre e hija (ambas holandesas), el Tribunal de Norrkoping, en Suecia (la madre fallecida era de nacionalidad sueca), registró la tutela del padre y, conforme a la ley secua, nombró a Emmil Lindwall como curadora. A su vez, el 5 de mayo de 1954 la oficina de menores de Norrkoping internó a la niña en una institución de educación protectora de la niñez. El padre presentó una apelación al gobierno provincial de Ostergotlan (Suecia) contra la decisión de internación de su hija, pero dicha apelación fue desechada (22 de junio de 1954).

El 5 de agosto de 1954 el Tribunal de Dordrecht (Holanda) le quitó la tutela al padre, nombró tutora de la menor a Catharina Postema y ordenó que la menor fuese devuelta; sin embargo, se siguieron otras instancias hasta que finalmente la Corte Suprema Administrativa de Suecia, el 21 de febrero de 1956, confirmó la sentencia original relativa a la internación de la menor Boll. En tales circunstancias, con base en la Convención de 1902 (de la Haya), que reglamenta el régimen de tutela de menores y de la cual tanto Holanda como Suecia son partes, la primera demandó a la segunda ante la Corte Internacional de Justicia. Después de casi dos años, la Corte se declaró en favor de Suecia. Entre otras cosas, dijo:

> *…la ley sueca que tiene por objeto la garantía social ha sido presentada por el gobierno sueco como ley de orden público, la cual se impone con este título dentro del territorio de dicho país... (y, por tanto) ...no puede suscribirse una interpretación de la convención que provoque un obstáculo a este punto de progreso social. La Convención de 1902 ha creado obligaciones a cargo de los Estados, pero éste es un ámbito que queda fuera del alcance de dicha convención.*

Esta sentencia dio lugar a que la doctrina volviera a discutir y por esa vía desarrollar lo que se llamó *leyes o normas de aplicación inmediata,* las cuales actualmente constituyen un método para la solución de conflictos derivados del tráfico internacional.

4. Finalmente, en el caso de Barcelona Tractión Light and Power Co., Ltd., la Corte conoció y hubo de pronunciarse, durante un largo juicio (1958—1970), acerca de una serie de cuestiones relacionadas con el DIPr, **como *denegación de justicia, condición jurídica de los extranjeros, nacionalidad de las personas morales, reconocimiento internacional del procedimiento de quiebra, participación de extranjeros en una sociedad e indemnización de estos en tanto accionista.*** Se trataba de una sociedad constituida en Canadá con mayoría de accionistas belgas, cuyas actividades se llevaban a cabo en España, país donde el tribunal de Reus (Cataluña) declaró a la sociedad en quiebra; en consecuencia, todos sus bienes fueron embargados y los miembros del Consejo de Administración (belgas)

destituidos. Finalmente, después de negociaciones infructuosas con el gobierno español, el de Bélgica lo demando ante la Corte Internacional de Justicia.

La doctrina.

Cumple la misma función en el plano internacional que la que se le señaló para el ámbito nacional. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia la menciona en su art. 38 como uno de los elementos que deben de ser tomados en cuenta para sus decisiones.

Las conferencias diplomáticas y los congresos.

Las conferencias diplomáticas son reuniones gubernamentales en las que se discuten, aprueban y firman convenciones y tratados internacionales. En el ámbito del DIPr son significativas las cuatro siguientes:

1.- *La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (CNUDMI o, en inglés, UNCITRAL), cumple principalmente cuatro funciones básicas:

° ***Primera,*** es el foro donde se discuten y elaboran convenciones en materia de derecho mercantil internacional; varias de las más importantes han salido de este foro.

° **Segunda**, se elaboran también leyes modelo en diferentes temas relacionados con el derecho mercantil. Estas leyes modelo más tarde son adoptadas por diversos Estados para completar su legislación interna. En México, el título cuarto del libro quinto del *Código de Comercio* es la ley modelo de CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional.

° **Tercera**, se elaboran *guías legislativas,* las cuales son un cuerpo de disposiciones y principios sobre un tema determinado es el que se indica a los legisladores nacionales la forma de incluir dichas disposiciones y principios en su legislación interna; los legisladores pueden tomar algunos y adecuarlos a su legislación interna y dejar otros. A diferencia de las leyes modelo, en que se recomienda insertar todo el bloque de disposiciones que componen dichas leyes modelo, en la guía legislativa serán todos o parte de los preceptos propuestos y el desarrollo conforme a la realidad nacional de los principios sugeridos. En México, la regulación sobre comercio electrónico incluida en el *Código de Comercio* (título segundo) y la *Ley de Concursos Mercantiles* son producto de guías legislativas.

° Cuarta, se elaboran *contratos tipo y condiciones generales* para ser utilizados por los operadores del comercio que desarrollan actividades en el comercio internacional. Se trata en todos los casos de disposiciones de derecho uniforme.

2.- La Conferencia Permanente de la Haya sobre Derecho Internacional Privado, fundada en 1955 en el ámbito europeo, actualmente es uno de los foros gubernamentales más importantes en la materia. En este foro se han aprobado 39 convenciones en materia de DIPr sobre diferentes aspectos relativos a la ley aplicable **en temas como *adopción, matrimonio, divorcio, ejecución de sentencias extranjeras, compraventa internacional de mercaderías, forma de los testamentos etc***. A partir de 1984 México es miembro permanente de dicha Conferencia y ya ratificó la *Convención sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero, la Convención sobre Adopción de Menores, la Convención sobre Sustracción Internacional de Menores, la Convención por la que se suprime el Registro de Legalización de los documentos públicos en el extranjero*, y en *2007 se adhirió al Convenio de Elección del Foro*.

3.- *El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado* (UNIDROIT), con sede en Roma, es un organismo gubernamental que se encarga de preparar proyectos de convenciones que más tarde son discutidos y aprobados en otros foros, o bien, sirve de foro para la aprobación de dichas convenciones. México participa activamente en este instituto desde 1986.

4.- La Conferencia Americana Especializada sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP).

En lo que concierne a los congresos, no son de carácter gubernamental y reúnen a especialistas en diversas materias que participan a título personal; en ellos se discuten temas de interés académico o profesional a partir de ponencias que tales especialistas presentan. En el ámbito del DIPr, los *congresos, seminarios o reuniones* más importantes son los siete que se detallan a continuación:

1. El Congreso Internacional de Derecho Comparado, que organiza la Academia Internacional de Derecho Comparado (fundada en 1932) cada cuatro años en diferentes ciudades del mundo. En 2008 celebró un Congreso Regional en México. El derecho comparado es la base del DIPr; por tanto, buena parte de los temas están dedicados a esta disciplina.
2. El Instituto de Derecho Internacional, fundado en Gante en 1873, que celebra reuniones cada cuatro años en distintas ciudades del mundo y a las que asisten exclusivamente miembros del Instituto, que por lo general son connotados especialistas. En esas reuniones se abordan temas de derecho internacional público y privado.

3. La Internacional Law Association, fundada en la Haya en 1907, se reúnen periódicamente en esa ciudad para tratar temas de DIPr, vinculados con el ejercicio profesional de la disciplina.
4. El Comité Francés de Derecho Internacional Privado, fundado en 1934, sesiona anualmente en París y en ocasiones en otras ciudades francesas.
5. El Instituto de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho y Ciencia Sociales de Uruguay, fundado en 1981, tiene las dos ramas: de derecho internacional público y DIPr.
6. El Seminario Español de Derecho Internacional Privado, que fundó José Carlos Fernández Rozas. y
7. En México se celebra anualmente el Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado, fundado en 1976. Lo organizan la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado conjuntamente con la asociación Nacional de Profesores de Derecho Internacional Privado, y celebra sus sesiones cada año en diversas universidades públicas y privadas de la República Mexicana. Sus memorias son publicadas por las universidades sede y en la RMDIPYC y los temas del DIPr que abarca son diversos: A partir del décimo seminario, celebrado en 1986, surgieron diversas propuestas de reformas a la *legislación civil, mercantil y procesal en materia de DIPr*. Después de debatirse las propuestas, la Academia Mexicana de DIPr formó tres comisiones, de las cuales salieron propuestas concretas para ser discutidas durante el Undécimo Seminario Nacional, que se celebró en 1987. Propuestas presentadas y discutidas formaron los proyectos que la Academia presentó a las autoridades y que sirvieron de base para las reformas al *Código Civil Federal, al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y al Código Federal de Procedimientos Civiles, publicados el 7 y 12 de enero de 1988.*

Capítulo 2. Derecho de la Nacionalidad y la Nacionalidad Mexicana.

2.1 Concepto de nación.

Como hemos señalado el objeto del derecho de la nacionalidad es estudiar la relación de una persona en razón del vínculo político y jurídico que la integra al pueblo constitutivo de un Estado.

Se ha dicho que la nación está formada por un conjunto de individuos que hablan el mismo idioma, tienen una historia y tradiciones comunes y pertenecen, en su mayoría a una misma raza. En los términos antes descritos, una nación puede encontrarse diseminada por el mundo, *como los gitanos o los judíos*, o bien, varios grupos de individuos con estas características pueden conformar un Estado, como la antigua Yugoslavia, donde convivieron por muchos años los ***serbios, bosnios, croatas y macedonios*****.** Puede también suceder que una nación esté dividida en dos Estados, como aconteció con Alemania después de la Segunda Guerra Mundial, con la creación de la República Democrática Alemana y la República Federal Alemana, que en 1990 volvieron a reunirse en este último Estado.

Diferentes enfoques del concepto de nación.

El concepto de nación ha sido considerado desde diferentes ángulos disciplinarios, *social, filosófico y jurídico*, entre otros. Veamos algunas de estas propuestas:

- ***a)*** *Marco Tulio Cicerón*, en su obra la República, dice que: "para que una sociedad pueda llamarse **pueblo** y constituir una República, se debe tener las mismas normas jurídicas en las que están concordes los ciudadanos y por objetivo el bien común".
- ***b)*** *Juan Jacobo Rousseau* consideraba que una nación no es una comunidad de raza, idioma e historia, "sino la determinación de un grupo de individuos de permanecer juntos y alcanzar objetivos comunes". Es decir, según este autor los elementos fundamentales de la nación son de tipo volitivo y proyectados hacía el futuro.
- ***c)*** *Manuel García Morente,* filósofo español, al referirse al concepto que nos interesa, dijo: "Nación es aquello a que nos adherimos, por encima de la pluralidad de instantes en el tiempo; hay algo que liga al pasado, presente y futuro en una unidad de ser, en una homogeneidad de esencia".
- ***d)*** *Pascual Estanislao Mancini,* jurista italiano, consideraba que "la nación es una sociedad natural de hombres, creada por la unidad de territorio, de costumbres y de idioma, formada por una comunidad de vida y de conciencia social."

1. Naturales **(**territorio, raza e idioma).
2. Históricos (tradicionales, costumbres, religión y orden jurídico).
3. Psicologícos (conciencia nacional).

Como podemos observar el concepto de nación es algo más que *la raza, el idioma, las costumbres y la historia*: es la voluntad de un grupo de individuos de permanecer unidos, de desarrollar juntos un proyecto de vida social que irán construyendo de acuerdo con las épocas y las circunstancias, y a lo largo de ese camino surgirá la

"conciencia nacional", que será el vínculo que profundice su vida en común y le dé un sentido definido de trascendencia.

2.2 Diferentes enfoques del concepto de Estado.

Como veremos a continuación el concepto de nacionalidad está vinculado con el de Estado. Sin embargo, antes de abordar el tema conviene que refiramos algunas ideas sobre el concepto de Estado desde una perspectiva interdisciplinaria.

- ***a)*** *Lawrence Krader,* antropólogo, consideraba que el Estado es el receptor de la evolución cultural de una sociedad determinada, es decir, un estadio en la evolución de dicha sociedad en el cual los nexos primitivos del grupo social—familia, clan, tribu—dejan de tener la misma intensidad en la medida en que el vínculo que prevalece—más objetivo—es el jurídico, que constituye el elemento aglutinador y común denominador de una sociedad más amplía y, por tanto, más compleja. El vínculo jurídico tiene un primer reflejo en la nacionalidad, pues se trata del elemento de identificación de los miembros de esa sociedad. La nacionalidad, en este concepto de Estado, tiene un sentido diferente del que vimos en la sección anterior. Se trata de un concepto de carácter jurídico.
- ***b)*** *Johann K. Bluntschli,* filósofo y sociólogo, consideraba que la sociedad y el Estado son conceptos diferentes, ya que la primera carece de una voluntad colectiva, de un poder político, de un orden jurídico y de un gobierno, que para el Estado son elementos constitutivos y sus funciones específicas. Así el proceso de desarrollo va desde la formación de la sociedad hasta la evolución de esta, que desemboca en el Estado en la medida en que la voluntad colectiva de los individuos se proyecta en el concepto de Estado y ahí surge una vida independiente.
- ***c)*** *Robert Lowie,* antropólogo social, sostiene que la constante en la historia del hombre es su evolución cultural. Todos los agrupamientos humanos (clan, tribu, aldea, familia) logran una identificación cultural. Con el tiempo, la reunión de dichos agrupamientos encuentra su expresión en el Estado y a partir de ese momento este se constituye en la base de la identificación cultural; la nacionalidad es uno de sus elementos.
- ***d)*** *Para Hans Kelsen*, jurista, la nacionalidad es: "una institución común a todos los órdenes jurídicos modernos".
- ***e)*** Por su parte, el jurista mexicano Eduardo Trigueros afirma: "la nacionalidad es el atributo que señala a los individuos como integrantes, dentro del Estado, del elemento social llamado pueblo"

2.3 Concepto de nacionalidad.

Henri Batiffol definió la nacionalidad como "*la pertenencia jurídica de una persona a la población constitutiva de un Estado*". Asimismo, Benito Aláez Corral, siguiendo la doctrina de los elementos de Estado del jurista alemán Jelinek, explica: "*Lo habitual es que el ordenamiento cree un ámbito personal de aplicación permanente, en el que concentrar la eficacia de sus normas que coincida con la población que más contacto posee con un territorio sobre el que ejerce eficazmente el poder público*". Por su parte, el jurista francés Lerebours-Pigeonnière se refirió a la nacional como "*la calidad de una persona en razón del nexo político y jurídico que la une a la población constitutiva de un Estado*", los distintos elementos que señala este último autor son el Estado que otorga la nacionalidad, el individuo que la recibe y el nexo de la nacionalidad.

El Estado que la otorga.

El Estado otorga la nacionalidad en un sentido internacional, es decir, con carácter soberano y autónomo, de ahí que pueda establecer de manera discrecional y unilateral los requisitos para obtener su nacionalidad. Batiffol recordaba que esa unilateralidad y esa discrecionalidad deben ser ejercidas por un Estado sabedor de que es parte de una comunidad internacional, por lo que su reglamentación debe ser prudente y no provocar conflictos de nacionalidad o dejar a los individuos en la apátrida (sin nacionalidad).

El individuo que la recibe.

Toda persona tiene derecho a recibir una nacionalidad; es un derecho humano, ya que ese será su vínculo con un determinado Estado, su identificación frente a otros Estados, aunque hay casos extremos en los que ciertos individuos no tienen nacionalidad, por lo que se conocen como *apátridas.*

Lo que en la actualidad también es un hecho dentro de la Unión Europea es la libre circulación de las personas originarias de los países de la misma Unión, que gozan de todos los derechos *de domiciliarse, trabajar, votar*, y participar en la organización de sus comunidades y practicar sus profesiones con requisitos administrativos cada día más simples. Es importante destacar que el ciudadano de la *Unión Europea,* o sea, un nacional de los Estados que forman la Unión, tiene derecho a residir y domiciliarse donde más le convenga y ejercer todos sus derechos en ese lugar sin más requisitos que los que deben cumplir los ciudadanos locales. Por tanto, el concepto de nacionalidad tradicional, en su sentido jurídico, tiende a diluirse en un concepto de naturaleza más universal.

Así como en los siglos XVII y XVIII se consolidaron los Estados nacionales en Europa a partir de pequeñas unidades territoriales—ducados, principados, pequeños reinados—es factible que en el siglo XXI observemos un cambio profundo en la estructura de los Estados. *La cercanía del mundo, la interdependencia, las*

comunicaciones y los procesos de globalización sugieren modificaciones significativas en los actuales estados nacionales y, por supuesto, en el concepto actual de nacionalidad. Se dice que el Estado nacional—como lo conocemos en la actualidad—ya no es una categoría de análisis confiable para entender cabalmente conceptos como *globalización o interdependencia.*

El nexo de la nacionalidad.

Los factores que fundamentan el nexo de la nacionalidad son básicamente históricos y entre ellos están los económicos, las necesidades del Estado, que solo son sufragables con el concurso de sus nacionales mediante el pago de impuestos.

También puede describirse la naturaleza del nexo de la nacionalidad que, en el sentido que aquí lo enfocamos, solo se da a partir del Estado. A este nexo se ha analizado y algunos autores lo consideran de naturaleza constitucional en la medida en que, por lo general, se desprende del documento base o constitutivo del Estado. Otros autores consideran que se trata de un nexo de naturaleza administrativa, ya que su otorgamiento y regulación están vinculados con las entidades administrativas del Estado. Al mismo tiempo, los Estados están interesados internacionalmente en que exista una organización mínima de la nacionalidad. Por ello en 1930, a través de la Sociedad de las Naciones, declararon que:

° todo individuo debe poseer una nacionalidad, y

° no debe poseer más de una. (En la actualidad ya se permite la doble nacionalidad en varios países).

La regla tradicional según la cual el otorgamiento y pérdida de la nacionalidad es una de las funciones exclusivas y soberanas de los Estados nacionales se encuentra en camino de cambio en Europa. Sobre todo, a partir de la sentencia de la CIJ en el caso Notttebohm de 1953. Así como otras decisiones internacionales europeas, y a la Convención Europea sobre Nacionalidad de 1977 y muy especialmente, la última decisión de la Corte Europea de Derechos del Hombre todo indica que al menos, los estados europeos, no tienen ya un poder absoluto y decisorio para la atribución y pérdida de su nacionalidad.

Ambos principios fueron recogidos por la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre* expedida en París por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Entre las dos guerras mundiales y la segunda posguerra el problema en Europa era el de la *apátrida,* es decir las personas que se habían quedado sin nacionalidad y, por tanto, era necesario resolverlo. Este es un problema que no ha desaparecido, ya que está latente con *los Kurdos y Palestinos* y lo estuvo con el desmembramiento de la antigua Yugoslavia o la Ex Unión Soviética.

2.4Nacionalidad mexicana.

En esta sección examinaremos la adquisición de la nacionalidad mexicana, el derecho de opción, la determinación de la nacionalidad y la pérdida de la nacionalidad, no sin antes hacer una brevísima referencia histórica con objeto de ubicar el tema.

Antecedentes.

Uno de los problemas que enfrentó México independiente fue la división entre el patriotismo criollo y el creciente nacionalismo de sus habitantes frente a la autoridad colonial. Por ello, desde los primeros documentos libertarios--*Elementos constitucionales, de* López Rayón (1811); *Sentimientos de la Nación,* Morelos (1813) y el *Plan de Iguala* (1821)-se estableció el principio de una "nacionalidad americana", primero, y de una "nacionalidad mexicana", después.

En la Constitución de 1824 se definió la nacionalidad mexicana, que más tarde volvió a ser regulada en varios ordenamientos constitucionales del siglo XIX, en especial en la Constitución de 1857. Para quedar en términos más o menos semejantes a los actuales. Orgánicamente ha habido varios ordenamientos reglamentarios de los preceptos constitucionales: el decreto del gobierno sobre extranjería y nacionalidad, del 30 de enero de 1854. Ley de Extranjería y Naturalización, del 28 de 1886; la Ley de Nacionalidad y Naturalización, del 5 de enero de1934; *la Ley de Nacionalidad del 21 de junio de 1993.* Por último, la *Ley de Nacionalidad (LN) hoy* vigente fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de enero de 1998 para entrar en vigor el 20 de marzo de 1998. Esta ley es producto de una importante reforma constitucional a la que nos referiremos en seguida.

En efecto del 23 de enero de 1998 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* una reforma constitucional que entraría en vigor el 20 de marzo de ese mismo año. El punto central de esta reforma fue *establecer el principio de que la nacionalidad mexicana no se pierde con la adquisición de otra nacionalidad;* dicho, en otros términos; se sentaron las bases para que los mexicanos por nacimiento pudiesen adquirir o conservar una segunda nacionalidad. El establecimiento de un principio semejante no fue tarea fácil. En primer lugar, llevó muchos años. En las páginas de este libro hace 30 años, se propuso que en México debía existir la posibilidad de una doble nacionalidad. Entre las razones que se expusieron están las siguientes:

Los millones de mexicanos que residen en Estados Unidos de América no lo hacen por voluntad propia, ya que en en su inmensa mayoría son forzados a conseguir un medio

de subsistencia digno que su país no es la proporcionado. Gran parte de estas personas prefieren retener su nacionalidad mexicana y, al no adquirir la la nacionalidad estadounidense, pierden muchas oportunidades de lograr una mayor calidad de vida, como el participar políticamente en sus comunidades, en votar, ser elegidos y de es forma influir en el destino de ellos mismos, de sus familias y de sus propias comunidades. Así al mno tener la nacionalidad estadounidense se los relegan en sus peticiones y demandas legitimas. Las leyes de inmigración estadounidenses son cada día más restrictivas y limitan a los inmigrantes que no adquieren adquieren la nacionalidad de ese país.

Todas las reformas en materia de DIPr, la de la doble nacionalidad fue motivo de estudio y discusión en el seno de la Consultoría jurídica de Relaciones Exteriores, con el grupo de sus asesores externos.

Adquisición de la nacionalidad mexicana.

Según el artículo 30 constitucional, en sus apartados A y B, la nacionalidad mexicana se adquiere mediante dos formas: *por nacimiento* o *por naturalización*. Estas disposiciones están complementadas por la *Ley de Nacionalidad* y su Reglamento.

Por nacimiento.

Esta forma de adquisición de la nacionalidad mexicana puede ser *por nacimiento en territorio nacional o por nacimiento fuera de territorio nacional*, pero sujeto en este último caso a que la persona sea hija de padres o de padre o madre mexicanos veamos los dos supuestos.

> **1.- *Por nacimiento en territorio nacional***. Se trata de la persona que nazca dentro del territorio nacional, asimilando a este *las embarcaciones y aeronaves mexicanas, sin importar la nacionalidad de sus padres.* Este supuesto se basa en el **criterio *jus soli*,** conforme al cual el solo hecho del nacimiento en un determinado territorio transmite la nacionalidad.

Se dice que el suelo hace suyos a quienes nazcan en el él. Se trata de un supuesto que tiene su origen en la época feudal y que muchos países de inmigración adoptaron para facilitar la asimilación de los inmigrantes. Sin embargo, este criterio no es siempre suficiente, ya que determina un vínculo tan importante como nacionalidad sin que eventualmente, se dé otro tipo de relación. En algunas legislaciones tal criterio va acompañado de otros vínculos, como haber residido en territorio nacional durante determinado tiempo y el tener vínculos efectivos, aunque luego resida en el extranjero, como realizar *el servicio militar nacional, pagar impuestos, votar, cotizar a la seguridad social, etc.* México, en la coyuntura actual de su desarrollo económico, es ya un país

de inmigración, por lo que algunos tipos de relación adicional podrían completar este criterio.

> **2.- *Por nacimiento fuera de territorio nacional***. Se trata de la persona cuyos padres, padre o madre, son mexicanos y por esa circunstancia transmiten a su hijo la nacionalidad, sin importar el lugar, fuera de territorio nacional, en el que este último haya nacido. Dicho supuesto se basa en el criterio *jus sanguinis,* según el cual la nacionalidad se transmite por la filiación, criterio que, en su época moderna, se inicia en el siglo XIX, cuando se suceden las grandes emigraciones europeas y tiene como fin que los emigrantes y sus descendientes se sientan vinculados con sus países de origen. En 2008 España llevó a cabo una reforma al *Estatuto de la Soberanía Española en el Exterior*, su objetivo principal era favorecer a los hijos y nietos de emigrantes españoles en el extranjero y fomentar su retorno al otorgar nacionalidad española.

Respecto del supuesto que nos ocupa, cabe aclarar que el art. 30, en sus fracs. II y III, establecen que la transmisión de la nacionalidad mexicana de padres a hijos operará tanto en el caso en que los padres, padre o madre, hayan nacido en territorio nacional, como en el caso de que sean mexicanos por naturalización, conforme a las reformas y adiciones del art. 30 constitucional de 1997. En España, al contrario de esta limitación, se aprobó—como lo acabamos de mencionar—la posibilidad de que los abuelos puedan transmitir la nacionalidad española, aun cuando sus hijos hubieren nacido fuera del territorio español. La razón es la guerra civil española (1936—1939), que obligó a muchos españoles a salir al exilio por motivos políticos. Esta, es una razón totalmente válida, equivale a la que esgrimimos a favor de los mexicanos que residen en territorio de Estados Unidos: esos mexicanos no se encuentran allá por razones de tipo político, sino por razones de subsistencia, por lo que esperamos que en un futuro ese límite impuesto a la doble nacionalidad mexicana, en el sentido de que necesariamente transmitan la nacionalidad mexicana personas nacidas en territorio mexicano, desaparezca a favor de una concepción más amplia.

Por naturalización.

Esta forma de adquisición de la nacionalidad se divide en 3 supuestos:

1.-Por vía ordinaria.

2.-Por vía especial.

3.- Por vía automática.

1.- *Por vía ordinaria*. Se trata de los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones Exteriores su carta de naturalización según el procedimiento previsto en el artículo 19 de la Ley de Nacionalidad, que establece lo siguiente:

> Que presente solicitud ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, renunciando a su nacionalidad actual y manifestando su voluntad de adquirir la nacionalidad mexicana; probar que sabe hablar español, que está integrado a la cultura mexicana y tener una residencia legal mínima en México de cinco años sin interrupción con anterioridad a su solicitud.

Nótese cómo esta disposición se refiere a la renuncia de la "nacionalidad actual". El art. 37 que hemos mencionado se refiere a la irrenunciabilidad de la nacionalidad mexicana únicamente, lo cual permite la adquisición de una nacionalidad extranjera; sin embargo, esta disposición tiene como objetivo que quien posea una nacionalidad extranjera y vaya a optar por la nacionalidad mexicana tenga que "renunciar" a la nacionalidad extranjera frente al Estado mexicano, a fin de que este lo considere su nacional y le dé el mismo tratamiento que a sus otros nacionales. La "renuncia" de la nacionalidad extranjera no tiene efectos frente al Estado de la nacionalidad originaria, ya que fue hecha ante un Estado distinto y sin mediar la voluntad de la persona, que sin querer renuncia a su nacionalidad de origen para adquirir la mexicana; como condición se le obliga a la renuncia.

La Secretaría de Relaciones Exteriores expedirá la carta de naturalización de acuerdo con las limitaciones y conforme a las modalidades que establecen los arts. 20 a 26 de LN.

2.- *Por vía especial*. A esta vía se le puede subdividir en cinco casos: ***a)*** el matrimonio de extranjero o extranjera con mexicana o mexicano, previsto en la fracc. II, apartado B, del art. 30 constitucional, y junto con este último otros cuatro casos establecidos en el art. 20 de la LN; ***b)*** El de personas que sean descendientes de mexicanos en línea recta; ***c)*** El de extranjeros que tengan hijos mexicanos por nacimiento**;** ***d)*** El de personas originarias de un país latinoamericano o de la Península Ibérica y ***e)*** El de personas que hayan prestado servicios o realizado *obras* destacadas en materia cultural, científica, técnica, artística, deportiva o empresarial en beneficio de México. Veamos estos cinco casos comprendidos en lo que denominamos *vía especial.*

> ***a)*** El primer caso trata de la mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o mujer mexicanos y tengan o establezcan su domicilio conyugal en México **los dos años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud respectiva**. Sin embargo, si el cónyuge de nacionalidad mexicana tuviese una comisión en el extranjero encargada por el gobierno mexicano, no será necesario el requisito de que el domicilio conyugal se establezca en territorio nacional, conforme al art. 20 fracc. II, párrafo 2, de la LN. A primera vista, esta disposición es arbitraria, pues viola el derecho de la persona a conservar su nacionalidad y a no adquirir la nacionalidad mexicana por el simple hecho de su matrimonio; sin embargo, el propio dispositivo constitucional establece que además del registro de domicilio se debe cumplir con los requisitos que establece la ley y esta prevé el procedimiento para adquirir la nacionalidad mexicana (arts.

20, LN y 18, RLN). El cónyuge extranjero interesado en adquirir la nacionalidad mexicana deberá así solicitarlo a la Secretaria de Relaciones Exteriores. Es un procedimiento especial, en la medida en que no está sujeto a las modalidades del procedimiento por vía ordinaria al que antes nos referimos, y se propone facilitar la unión familiar. Este supuesto está contemplado en el art. 20, fracc. I, de la LN. Los siguientes supuestos requieren igualmente la *acreditación de una residencia de dos años inmediatamente anterior a la solicitud correspondiente*.

b) El segundo caso, dentro de la vía especial, es el de las personas que sean descendientes en línea recta de mexicanos (*art. 20, fracc. I, inciso a).* Este supuesto tenía como objetivo brindar una vía para las personas que descienden de mexicanos y que por limitaciones de transmisión (la mujer no transmitía la nacionalidad) no adquirían la nacionalidad mexicana. Sin embargo, dicha precisión ya no es necesaria gracias a las reformas de 1997 al art. 30 constitucional, ya que, como señalamos anteriormente, se adicionó la fracc. III, la cual establece que los padres, padre o madre mexicano por naturalización, transmitirá la nacionalidad mexicana a sus hijos.

c) El tercer caso es el previsto en el (*art. 20, fracc. I, inciso b*) de la LN: para los extranjeros que deseen adquirir la nacionalidad mexicana y tengan hijos mexicanos por nacimiento, y con objeto de lograr la unión familiar, la ley reduce el plazo de la residencia en México, anterior a su solicitud, *de cinco años a dos años*. El art. 17 del RLN, fracc. II, establece los requisitos que en este caso se deben cumplir.

d) El cuarto caso es el previsto en el inciso *c),* fracc. I, del art. 20 de la LN. En este supuesto se hace énfasis en el origen común, latinoamericano o ibero, incluidos los portugueses (art. 17, fracc. III, RLN).

e) Finalmente, el quinto y último caso, en el inciso *d), fracc. I, del art. 20 de la LN,* se refiere a las personas que hayan contribuido con sus actividades al beneficio de México, a juicio de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Además, establece que en casos excepcionales el titular del Ejecutivo Federal determinará que no es necesario acreditar la residencia en el territorio nacional. El art. 17, fracc. IV, especifica “las actividades en beneficio de México”: se trata de “obras o servicios” destacados en materia *cultural, social, científica, teórica, artística, deportiva o empresarial que beneficien a la nación”. Se establecen también los requisitos que se deben cumplir.*

3.- ***Por vía automática.*** Este tercer supuesto (*art. 20, fracc. III, LN)* trata de los adoptados o descendientes hasta segundo grado, sujetos a la patria potestad de personas que adquieren la nacionalidad mexicana, y de los menores extranjeros

adoptados por mexicanos, siempre que tengan su residencia en territorio nacional por un año inmediato anterior a la solicitud y que se solicite, por quien ejerce la patria potestad, la carta de naturalización correspondiente. En este caso, la LN, es particularmente deficiente en lo que toca a la exigencia del requisito de la residencia en territorio nacional del adoptado o descendiente del extranjero que se naturalice mexicano o del adoptado por mexicano. Es decir, este requisito, formal, se pone el mismo nivel del vínculo de parentesco (por adopción o consanguinidad), lo cual equivale a considerar dos *situaciones:* ***a)*** la persona naturalizada mexicana no puede transmitir su nacionalidad por el hecho de que su adoptado o descendiente no resida en México ***b)*** De acuerdo con el CCDF, en su art. 396, el adoptado adquiere la calidad de hijo respecto de la persona que lo adoptó, por lo que no procede—como lo hace la LN—que esa relación padre—hijo se sujete a ninguna otra condición, especialmente en materia de nacionalidad. Peor aún: un mexicano por nacimiento adopta a un hijo en el extranjero y no podrá transmitirle la nacionalidad a menos de que venga a México y el menor resida en el país durante *el año previo a la solicitud.*

Sin embargo, el art. 20 del RLN establece: “Quienes en su minoría de edad fueran extranjeros adoptados o descendientes hasta el segundo grado, sujetos a la patria potestad de mexicanos que no fueron naturalizados mexicanos en términos de lo dispuesto por el art. 20, fracción III, de la Ley” podrán adquirir la nacionalidad mexicana por vía especial. Como puede observarse, se trata de darle prioridad a la filiación por encima del formalismo: ¿Cuál es el caso de los “mexicanos que no fueron naturalizados?”. La deficiente redacción de esta disposición solo puede interpretarse en términos de la ley, la que se refiere a personas que fueron adoptadas por mexicanos pero que no obtuvieron la nacionalidad mexicana.

El derecho de opción.

Es el derecho que tiene una persona a quien dos o más Estados le atribuyen su nacionalidad para que, a su mayoría de edad, pueda decidir si se queda con la nacionalidad mexicana y renuncia a la nacionalidad extranjera, o a la inversa. No es, por tanto, un medio para adquirir la nacionalidad mexicana, pues parte del supuesto de que esta existe previamente en el individuo (arts. 16 y 17, LN).

Tal derecho, según la legislación mexicana, no tiene plazo para ser ejercitado después del cumplimiento de la mayoría de edad. Como se trata de una norma jurídica sin sanción, la persona podrá no hacer uso de ese derecho y no se producirá ninguna consecuencia jurídica, salvo que desee, como lo establece la LN, acceder al ejercicio de algún cargo o función para el que se requiera ser mexicano por nacimiento y que no adquiera otra nacionalidad (art. 16, LN).

Es importante antes destacar que la renuncia a la nacionalidad extranjera hecha por el optante ante las autoridades mexicanas (SRE), como requisito indispensable para adquirir la mexicana, puede tenerla en cuenta o no el Estado extranjero, pues en definitiva estará renunciando a su nacionalidad de acuerdo con un sistema jurídico diferente y ante un Estado distinto, lo que jurídicamente no es válido.

Como se sostuvo con anterioridad, las disposiciones relativas a la adquisición o renuncia de una nacionalidad son materia de derecho interno que cada Estado fija de manera unilateral y discrecional.

Como vimos, el derecho de opción es la facultad que tiene toda persona a la que dos o más Estados le atribuyen cada uno su nacionalidad, a escoger una de ellas. El principio de la doble nacionalidad, como lo regula en la actualidad el derecho mexicano, es todavía insuficiente y tenderá a desarrollarse en el futuro. Lo que hoy en día es discernible nos muestra lo siguiente.

En primer lugar, el derecho de opción se basa en el principio general art. 37 constitucional, apartado A, conforme al cuál: "*Ningún mexicano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad*". Esto no tiene que ver con el hecho de que ese mexicano por nacimiento pueda o no renunciar voluntariamente a su nacionalidad. Lo que se establece en realidad en el dispositivo constitucional es que si un mexicano por nacimiento tiene otra nacionalidad puede conservarla, siempre que solo se ostente como mexicano dentro del territorio nacional y ante autoridades mexicanas.

El problema todavía no está definido por completo, pero existen ciertas bases que permiten aclararlo, es el caso de las personas que son mexicanas por naturalización y el Estado del que fueron nacionales originalmente las sigue atribuyendo una nacionalidad. En este caso, consideramos que el precepto constitucional solo se refiere a que los mexicanos por naturalización adquieran voluntariamente una nacionalidad extranjera (*art. 37, apartado B, fracc. I),* pero si ya la tienen no aplica esta disposición y, por tanto, no habrá problemas para que ese mexicano por naturalización siga conservando la nacionalidad originaria. Aquí es importante destacar lo siguiente para evitar confusiones.

El extranjero que optó por la nacionalidad mexicana debió renunciar a su nacionalidad originaria. Pero como vimos, esa renuncia ante autoridades mexicanas puede no tener ningún valor ante las autoridades de cuyo Estado es originaria la persona que adquirió la nacionalidad. Aún más, como ya señalamos, *hay un sin número de legislaciones nacionales que consideran que sus nacionales nunca pueden perder su nacionalidad originaria*. En este sentido, ese extranjero que adquirió la nacionalidad mexicana y renunció a su nacionalidad de origen puede seguir manteniendo su nacionalidad originaria en la medida en que, independientemente de su voluntad de renunciar, su Estado de origen se la sigue atribuyendo.

Relacionado directamente con las disposiciones antes citadas está el *Reglamento para la Expedición de Certificados de Nacionalidad Mexicana (RECNM)*, del 18 de octubre de 1972, que reglamentó la anterior *Ley de Nacionalidad y Naturalización y*, *en* nuestra opinión, no fue derogado por la LN de 1994 ni por la LN de 1998 vigente ni por el RLN porque las disposiciones del Reglamento, además de no oponerse a la nueva ley, la complementan. Así el Reglamento se refiere al caso del derecho de opción y a otros de los supuestos a los que ya hemos aludido y cuyas disposiciones principales son:

ARTÍCULO 1o.- La Secretaría de Relaciones Exteriores procederá a expedir certificado de nacionalidad mexicana por nacimiento a las personas que lo soliciten y justifiquen tener derecho a ella, en los términos establecidos por la Ley de Nacionalidad y Naturalización [ley derogada por la LN).

ARTÍCULO 2o.- El certificado de nacionalidad mexicana contendrá la disposición legal en virtud de la cual el interesado acredita su calidad de mexicano, el lugar y la fecha de su nacimiento, así como la nacionalidad de su padre, de su madre, o de ambos.

ARTÍCULO 3o.- A las personas que conforme a nuestras leyes se les considere mexicanos y al propio tiempo otro Estado les atribuya una nacionalidad extranjera, se les podrá exigir, por cualquier autoridad, la presentación de un certificado de nacionalidad cuando pretendan ejercer derechos que las leyes reservan exclusivamente a los nacionales.

ARTÍCULO 4o.- Los nacidos en territorio de la República de padre o madre extranjero podrán obtener certificado de nacionalidad mexicana, siempre que comprueben fehacientemente su nacimiento en el país, que son mayores de edad, su identidad a juicio de la Secretaría de Relaciones Exteriores y que hagan las renuncias y protestas a que se refieren los artículos 17 y 18 de la Ley de Nacionalidad citada.

ARTÍCULO 5o.- Los nacidos en el extranjero de padres mexicanos, de padre mexicano o de madre mexicana, podrán solicitar su certificado de nacionalidad mexicana comprobando la nacionalidad de su o sus progenitores, que son mayores de edad al momento de hacer la solicitud, su identidad y hacer las renuncias y protestas a que se refiere el artículo anterior.

ARTÍCULO 8o.- Los certificados de nacionalidad mexicana por naturalización, se expedirán a extranjeras casadas con mexicanos y a los hijos menores de edad del extranjero que se naturalice, en los términos establecidos por los artículos 2o., fracción II, 20 y 43 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización [ahora arts. 16 y 17 de la LN. Nótese que en este artículo y en los dos siguientes se habla de extranjera casada con mexicano y no se hace alusión al supuesto inverso. La razón es que cuando se expidió este Reglamento aún no se hacían las reformas constitucionales al art. 30, por las cuales se les dio también el derecho a los varones extranjeros casados con mexicanas].

ARTÍCULO 9o.- La extranjera que haya contraído matrimonio con mexicano, podrá solicitar su certificado de nacionalidad mexicana por naturalización y, para ello, deberá hacer la renuncia a su nacionalidad de origen y su protesta de adhesión a las leyes y autoridades de la República Mexicana, comprobar su residencia legal en el país y la nacionalidad mexicana del esposo.

ARTÍCULO 10.- La mujer extranjera, cuyo esposo adquiera la nacionalidad mexicana con posterioridad a la fecha del matrimonio, podrá solicitar el certificado de nacionalidad mexicana correspondiente, mediante la comprobación ante la Secretaría de Relaciones Exteriores de su residencia en el país, de la celebración del enlace y la adquisición posterior de la nacionalidad mexicana por parte del esposo. Asimismo, deberá formular las renuncias y protestas correspondientes.

ARTÍCULO 11.- A los hijos de extranjero que se naturalice mexicano, se les expedirá certificado de nacionalidad mexicana por naturalización siempre que ocurran ante la Secretaría por conducto de quien ejerza sobre ellos la patria potestad, si se trata de menores de edad, por sí mismos si no lo solicitaron durante su minoría de edad y hagan las renuncias y protestas de ley, presentando con su solicitud los documentos que acrediten su derecho.

ARTÍCULO 12.- La expedición del certificado con las renuncias que implica, deberá ser notificado a la representación diplomática o consular del Estado cuya nacionalidad puede también corresponder a la persona de que se trata.

De las disposiciones citadas resulta hacer los comentarios siguientes:

a) Los artículos 3°, 4° y 5° se refieren al caso de la doble nacionalidad, y como se vio al estudiar el derecho de opción, se trata de una persona que se encuentra en esta situación por el lugar de su nacimiento o por la nacionalidad de sus padres o de uno de ellos y tiene otra u otras nacionalidades extranjeras, además de la mexicana, por tanto, al llegar a la mayoría de edad deberá decidir si opta por la mexicana y renuncia a la extrajera o extranjeras, o viceversa. De esta manera, el art. 3° obliga a presentar el certificado correspondiente y los arts. 4° y 5° establecen los diferentes casos y la manera de llevar a cabo dicha renuncia.

b) En el caso del art. 9°, el legislador incurre en el error de emplear indistintamente los términos *residencia y domicilio,* los cuales jurídicamente son diferentes. Mientras que el art. 30 constitucional, *apartado B, fracc. II, dispone como requisito tener o establecer domicilio, en el artículo que se comenta se hace alusión a la residencia.* Esto difiere, por lo menos en materia de tiempo (*la residencia se adquiere por el hecho de vivir en un lugar determinado, el* ***domicilio hasta los seis meses de vivir en ese lugar*** *según el art. 29 del CCF*), con el dispositivo constitucional, de modo que es incongruente con él.

c) El art. 11 citado merecé un comentario más amplio. Como puede observarse, en dicha disposición existen ***dos supuestos*****:** *aquel en el cuál el menor dispone libremente de cambiar su nacionalidad*, *para cuyo efecto concurre a la Secretaría de Relaciones Exteriores acompañado de su tutor, declara que desea adquirir la nacionalidad mexicana y renuncia a la nacionalidad extrajera* ostentada en ese momento; ***el segundo*** *supuesto* sería *aquel en el cual el tutor decide que el pequeño debe cambiar su nacionalidad*, de modo que ambos concurren ante la Secretaría de Relaciones Exteriores y el menor declara de

acuerdo con lo instruido por su tutor (cabe señalar que esta situación está prevista y resuelta correctamente por el art. 20, fracc. III, de la LN y en el art. 11 del RLN). Ahora bien, en el primero de los supuestos, y si se considera que la mayoría de edad se adquiere a los 18 años, como en México, la renuncia hecha por el menor a su nacionalidad actual no tendrá validez alguna respecto del país de donde sea nacional. Por tanto, al adquirir la nacionalidad mexicana será doble nacionalidad, situación que se trata de evitar. Por su parte, México no estima que ha adquirido plenamente la nacionalidad mexicana (en su sentido de goce y ejercicio) sino que a su mayoría de edad ratifique su decisión, es decir, ejerza su derecho de opción. El art. 16 de la LN específica a este respecto que "*los mexicanos por nacimiento a los que otro Estado considere como sus nacionales, deberán presentar el certificado de nacionalidad mexicana, cuando pretendan acceder al ejercicio de algún cargo o función para el que se requiera ser mexicano por nacimiento y que no adquiera otra nacionalidad*".

De esta manera y para concluir, el menor extranjero con residencia habitual en México y cuyo padre o madre o ambos (quien ejerza la patria potestad sobre él) se naturalice mexicano, mediante la declaratoria a que se refiere el art. 20 de la LN adquirirá ***automáticamente*** la nacionalidad mexicana y será considerado como tal. Así el RECNM complica de manera innecesaria una situación que, en la LNN, como quedó demostrado, está resuelta correctamente.

d) El art. 12, el cual se refiere a la notificación que debe hacerse a la representación diplomática o consular del país cuya nacionalidad se renunció, no implica que dicho país acepte la renuncia a su nacionalidad, pues esta se ha hecho ante autoridades de otro país. En la práctica es común que dichas notificaciones de renuncia no se tengan en cuenta, o si lo son, al ser canalizadas por los medios burocráticos del Estado de que se trate, tardan mucho tiempo en conseguir una respuesta. Sin embargo, el legislador mexicano estimó esta situación y en el fondo decidió informar a aquel país que a partir de tal fecha la persona interesada se considerará mexicana para todos los efectos que de ello se deriven.

Después de muchos años de vigencia de la *Ley de Nacionalidad y Naturalización de 1934, en* 1993, fue derogada por la nueva *Ley de Nacionalidad* de esa época y cinco años después tenemos otra *Ley de Nacionalidad* a la que nos hemos referido, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 23 de enero de 1998 para entrar en vigor el 20 de marzo de ese mismo año. Esto quiere decir que después de 59 años de relativa estabilidad en materia de nacionalidad que, por cierto, son años que coinciden en gran parte con el periodo en que México estuvo cerrado hacia el exterior, la apertura de 1986

del sistema jurídico y económico expuso a nuestro país a una serie de cambios, de modo que estamos viviendo todavía una etapa de transición.

Doble nacionalidad.

La reforma constitucional que introdujo el concepto de la doble nacionalidad abarcó tres artículos: 30, 32 y 37. En el ***primero*** se adicionaron tres párrafos en el apartado A, que se refieren a los mexicanos por nacimiento, y un párrafo en el B, que regula a los mexicanos por naturalización. Se modificó el art. 32, adicionando dos párrafos regulatorios de la doble nacionalidad, y el art. 37, que dispone las causales de pérdida de la nacionalidad mexicana; también fue adicionado con un párrafo inicial, que es el objeto de la reforma y que establece que ningún mexicano por nacimiento puede ser privado de su nacionalidad, además de otras modificaciones.

La primera parte del art. 30 constitucional establece:

Artículo 30. La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.

A) *Son mexicanos por nacimiento:*…

II. *Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional;*

III. *Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización, y*

IV. *Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.*

El apartado B del art. 30 de la Constitución quedó como sigue. **"B.** *Son mexicanos por naturalización...***II.** La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley".

La adición en este párrafo es la última frase, que dice: "y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley"; es decir, como ya lo mencionamos, no bastan el *matrimonio y la adquisición de domicilio*—como lo establecía anteriormente—para obtener la nacionalidad mexicana por naturalización, al menos en el plano constitucional, ya que en la actualidad se incluye la condición que al efecto establezcan las leyes secundarias. Dicho en otras palabras: durante el tiempo que solo el *matrimonio y el domicilio eran las bases para la adquisición de la nacionalidad mexicana por naturalización*, siempre existieron disposiciones en las leyes de nacionalidad que

condicionaban la adquisición de la nacionalidad mexicana, como que la nacionalidad mexicana fuera solicitada por el cónyuge, ya que de otra forma sería injusto y limitante a la libertad que fuera atribuida una nacionalidad (en este caso la mexicana) sin haber deseado obtenerla por el solo hecho del matrimonio.

En las leyes posteriores se estableció además el conocimiento—como lo hace ahora la *Ley de Nacionalidad*—de *que el cónyuge tenga una residencia en el domicilio conyugal de dos años posterior al matrimonio*, regulación que en todo caso impidió que el matrimonio fuera usado como medio fraudulento para adquirir la nacionalidad mexicana, pero que, como ya se dijo, iba más allá del precepto constitucional se deja en libertad al legislador ordinario para que pueda regular, conforme a las circunstancias, las modalidades que considere más oportunas.

2.- Al art. 32**,** como hemos mencionado, se le adicionaron los dos primeros párrafos con objeto de regular la doble nacionalidad. Dicho artículo establece lo siguiente en su párrafo **1:** "*La Ley regulará el ejercicio de los derechos que la legislación mexicana otorga a los mexicanos que posean otra nacionalidad y establecerá normas para evitar conflictos por doble nacionalidad*".

Como se puede observar, se trata de un precepto general que constituye la base para que el legislador ordinario pueda regular *oportunamente* el tema de la doble nacionalidad, como ya ha empezado a hacerse en la actual *Ley de Nacionalidad* y en el RLN; a medida que el tema de la doble nacionalidad se desarrolle—por ejemplo, mediante tratados que México llegue a firmar en la materia—dicha regulación tenderá a ampliarse captando las diversas necesidades que surjan.

En su párrafo 2, la disposición que nos ocupa señala: "*El ejercicio de los cargos y funciones para los cuales, por disposición de la presente Constitución, se requiera ser mexicano por nacimiento, se reserva a quienes tengan esa calidad y no adquieran otra nacionalidad.* Esta reserva también será aplicable a los casos que así lo señalen otras leyes del Congreso de la Unión.

Regulado como esta en la actualidad equivale a lo siguiente: *los mexicanos por naturalización quedan sujetos a una amplía serie de restricciones*, lo que los coloca como ciudadanos de segundo nivel respecto a los mexicanos por nacimiento, que tienen abiertos todos los derechos. Ahora resulta que habrá una tercera clase de mexicanos: los que tengan "doble nacionalidad", sin importar que su nacionalidad originaria sea por nacimiento. En realidad, se trata de temores de parte del legislador mexicano que, en buena medida, son infundados: ¿acaso existe realmente una diferencia entre mexicanos?, ¿no tiene más valor quien conscientemente escogió ser mexicano, que aquel a quien por el simple nacimiento le fue atribuida la nacionalidad mexicana? En el primer caso existe una decisión voluntaria; en el segundo, se trata de un hecho biológico.

3 *Determinación de la nacionalidad.*

El principio general establece que quien adquiere la nacionalidad mexicana por naturalización goza de todos los derechos y está sujeto a todas las obligaciones que establece la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. *Sin embargo, este principio tiene varias excepciones, las cuales.*

Como se mencionó en el apartado anterior, la adquisición de la nacionalidad mexicana por naturalización reviste, en nuestra opinión, tres modalidades:

1. Naturalización ordinaria.
2. Naturalización especial.
3. Naturalización automática.

4 *Momento de adquisición de la nacionalidad mexicana.*

¿Qué es carta de naturalización

De acuerdo con la LN, *la nacionalidad mexicana se adquiere desde el día siguiente a aquel en que se expide la carta de naturalización* (*art. 20, último párrafo*). Este principio rige sólo en los casos de *expedición de la carta de naturalización*, es decir, cuando se han llevado a cabo los procedimientos ordinarios. El problema puede presentarse en los tipos especiales de adquisición de la nacionalidad mexicana, en los que cabría preguntarse: ¿a partir de qué momento puede considerarse que una persona ha adquirido la nacionalidad mexicana? veamos algunas cuestiones al respecto.

El Reglamento de la LN no regula estos casos. La LN ha aclarado en principio una gran duda que existía: conforme a los ordenamientos anteriores, el momento de los efectos de la naturalización variaba según el tipo de vía que se analizaba. En la *vía ordinaria, se producían en el momento de la expedición de la carta de naturalización*, pero en otras vías se establecía una *"declaratoria"* de la Secretaría de Relaciones Exteriores, etc. Ahora, el dispositivo parece ser uniforme. En efecto, la LN, en el capítulo III, que regula la nacionalidad mexicana por naturalización, establece al final del art. 20, después de referirse a todas las vías de adquisición de la nacionalidad mexicana por naturalización, que "*la carta de naturalización producirá sus efectos al día siguiente de su expedición"*. Es decir, tal parece que no importa la vía de adquisición empleada: en todos los supuestos se expedirá siempre una carta de naturalización.

5 *Efectos jurídicos de la obtención de la nacionalidad mexicana por naturalización.*

Entre los efectos jurídicos que pueden señalarse acerca de la adquisición de la nacionalidad mexicana por naturalización están los siguientes:

Efectos Jurídicos por Naturalización

a) *Es de carácter estrictamente personal, aunque en el art. 20, fracc. III de la LN se contemple la transmisión a los hijos menores y adoptados.*

b) *Determina los derechos y deberes de que gozan los mexicanos, aun cuando este* ***principio sufre excepciones****, pues los mexicanos por* ***naturalización no podrán pertenecer a la*** *Marina Nacional de Guerra, Fuerza Aérea, etc. (art. 32 constitucional, párrafo 2), ni de ser diputados (art. 55 constitucional. Fracc. I), ni Senadores (art. 58 constitucional), ni presidentes de la República (art. 82 constitucional, fracc. I) ni ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (art. 95 constitucional, fracc. I), ni gobernadores de las entidades federativas (art. 115 constitucional, fracc. III, inciso b), etc. Lo cual lógicamente los sitúa en un estado de inferioridad respecto de los mexicanos por nacimiento.*

Prueba de la nacionalidad.

Se divide en 2

Debido a las complicaciones que ofrece y para lograr mayor claridad en la expedición, este tema se subdividirá en dos grandes rubros: *Prueba de la nacionalidad en el ámbito interno y prueba de la nacionalidad en el ámbito internacional.*

Prueba de la nacionalidad en el nivel interno.

Las disposiciones que el derecho positivo establece para llevar a cabo la prueba de la nacionalidad, ya sea mexicana o extranjera, de los individuos que se encuentran dentro del país son:

1. Prueba de la nacionalidad mexicana por nacimiento.
2. Prueba de la nacionalidad mexicana por naturalización.
3. Prueba de la nacionalidad extranjera.
4. Prueba de la nacionalidad mexicana por nacimiento. El artículo 3 de la LN establece que serán documentos probatorios de la nacionalidad mexicana:

I. *El acta de nacimiento expedida conforme a lo establecido en las disposiciones aplicables;*

II. *El certificado de nacionalidad mexicana, el cual se expedirá a petición de parte, exclusivamente para los efectos de los artículos 16 y 17 LN.*

III. *La carta de naturalización:*

IV. *El pasaporte:*

V. *La cédula de identidad ciudadana y,*

VI. *La matrícula consular que cuenta con los siguientes elementos de seguridad:*

a) fotografía digitalizada,

b) Banda magnética e

c) Identificación holográfica.

VII. *A falta de los mencionados documentos, se podrá acreditar la nacionalidad mediante cualquier elemento que, de conformidad con la ley, lleve a la autoridad a la convicción de que se cumplieron los supuestos de atribución de la nacionalidad mexicana.*

1.-Acta de Nacimiento. En los casos de hijos nacidos de matrimonio deberán constar, entre otros datos, el día, la hora y el lugar del nacimiento, el sexo del presentado (*art. 58, párrafo 1, Código Civil Federal, aplicable en toda la República en materia de nacionalidad*). Respecto a los hijos nacidos fuera de matrimonio, hijos adulterinos, hijos incestuosos y niños expósitos, puede no llegarse a saber la nacionalidad de los padres o al menos uno de ellos, pero si el lugar de nacimiento del individuo o el lugar donde el niño expósito fue encontrado; en este último caso se presume que, por haberse hallado en territorio de la República, ha nacido en él. De esta manera, tales personas se consideran mexicanas por nacimiento en virtud del principio *jus soli,* con independencia de la nacionalidad que pudiesen haber tenido, o tengan, los padres.

La cédula de Identidad Ciudadana es un servicio público "que presta el Estado, a través de la Secretaría de Gobernación" (*art. 97 de la Ley General de Población, LGP*) dicha cédula se expedirá mediante el cumplimiento de la obligación que tienen "Los ciudadanos mexicanos…. de inscribirse en el Registro Nacional de Ciudadanos" (art. 98, LGP). El art. 105 de la LGP dispone: "La Cédula de Identidad Ciudadana tendrá valor como medio de identificación personal ante todas las autoridades mexicanas ya sea en el país o en el extranjero, y las personas físicas y morales con domicilio en el país. La Cédula contendrá los datos siguientes:

I.- *Apellido paterno, apellido materno y nombre(s);*

II.- *Clave única de Registro de Población;*

III.- *Fotografía del titular;*

IV*.- Lugar de nacimiento;*

V.- *Fecha de nacimiento, y*

VI*.- Firma y huella dactilar.*

La vigencia de la Cédula es de 15 años (art. 109, fracc. I), por lo que al igual que en caso del acta de nacimiento, durante ese lapso la nacionalidad de la persona podría cambiar sin que haya el registro correspondiente. Sin embargo, se trata de un documento de identificación de primera importancia.

2.- *Prueba de la nacionalidad mexicana por naturalización*. *Este tipo de prueba de nacionalidad no presenta dificultad alguna, pues q*uien se ha naturalizado mexicano ha obtenido una carta de naturalización (art. 20, último párrafo, LN), documento con el cual podrá probar su nacionalidad en cualquier momento.

3.- *Prueba de la nacionalidad extranjera*. Las autoridades pueden exigir al extranjero la prueba plena de su nacionalidad cuando pretenda ejercer algún derecho que derive de su calidad de tal, aunque no exista disposición alguna en la LN sobre este particular. Dicha prueba debe rendirse ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, pues se trata de la autoridad competente para determinar todas las cuestiones relativas a la nacionalidad mexicana, y a esta se le ha otorgado históricamente, además, la facultad de fijar la nacionalidad extranjera. En el art. 39 de la antigua ley de Extranjería y Naturalización, de 1886, se establecía que el certificado expedido por dicha Secretaría sería solo una presunción que podría admitir prueba en contrario. Según el *art. 10 de la ley de Nacionalidad y Naturalización* de 1934, ya derogada, la Secretaría de Relaciones Exteriores podía, en materia de nacionalidad extranjera, declarar acerca de la existencia de dicha nacionalidad y, por tanto, su declaración ser prueba plena, en la medida en que es el órgano competente para determinar la nacionalidad mexicana.

Prueba de la nacionalidad en el nivel internacional.

La prueba de la nacionalidad mexicana fuera del territorio nacional se efectúa con el pasaporte correspondiente (***diplomático, oficial y ordinario****: arts. 1° y 2° del Reglamento de Pasaportes,* y 3, fracc. IV, LN), lo cual no ofrece problemas. En caso de pérdida de pasaporte en el extranjero, las legaciones diplomáticas o consulares mexicanas podrán expedir una reposición de él, previa verificación del registro del pasaporte correspondiente en los archivos de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Pérdida de la nacionalidad.

La *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, como norma suprema del sistema jurídico positivo mexicano, establece los supuestos sobre cuya base puede adquirirse la nacionalidad mexicana. Esta misma norma fundamental dispone igualmente los supuestos de pérdida de la nacionalidad mexicana y en esta última disposición (art. 37, A) se establece—y esta es la base de la reforma constitucional en materia de nacionalidad—que: "*Ningún mexicano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad*." Sin embargo, esta disposición no implica que ese mexicano pueda renunciar a su nacionalidad, pues en caso contrario se estaría violando su derecho a adquirir o mantener la nacionalidad mexicana. Debido a que se trata de un precepto inédito en el derecho mexicano, conviene decir algunas palabras que informen al lector sobre el concepto de la doble nacionalidad.

Al establecer el dispositivo constitucional que a ningún mexicano por nacimiento se le puede privar de su nacionalidad, ese mexicano puede conservar la nacionalidad que otro Estado le atribuya sin que ello implique la pérdida de la nacionalidad mexicana. Un caso diferente, en nuestra opinión, contemplado en el mismo supuesto, es el mexicano por nacimiento que adquiera una nacionalidad extranjera. Por este solo hecho no podrá considerarse que ha renunciado a la nacionalidad mexicana, y si la persona así no lo manifiesta, seguirá aplicándose el principio del dispositivo constitucional, según el cual no se puede privar de su nacionalidad a los mexicanos por nacimiento.

Esto, que en principio es una acumulación de nacionalidades y que podría generar múltiples conflictos, en la realidad encuentra sus propias vías de respuesta, y cuando el sistema jurídico mexicano se desarrolle en esta materia irá hallando soluciones a esos problemas, con la referencia a la legislación y a la jurisprudencia de otros países que tienen una larga experiencia.

En la actualidad, la regla en países que admiten el principio de la doble nacionalidad consiste en que, por ejemplo, mientras una persona de doble nacionalidad se encuentra domiciliada en España. Goza de todos sus derechos de ciudadano español.

Cuando esa misma persona adquiere el domicilio en Argentina, cesan sus derechos de ciudadano español para reasumir los derechos de ciudadano argentino. Evidentemente, la situación no es tan sencilla. En la práctica requiere un registro o empadronamiento en donde la persona declare que ha decidido adquirir su domicilio en tal o cual país y reasumir sus derechos. La fecha a partir de que haga ese mismo registro cuenta para efectos del pago de impuestos. *Los impuestos pagados en otro país serán acreditables en el segundo y habrá una regulación muy precisa en el cumplimiento de otras obligaciones como ciudadano, por ejemplo, la prestación del servicio militar, el ejercicio del voto, el derecho a ser elegido, pagos por seguridad social*, etc. Es cierto que una persona a lo largo de su vida difícilmente cambia más de dos domicilios en diferentes países, pero en el caso de dobles nacionales suelen suceder con mayor frecuencia.

Independientemente de las consideraciones anteriores, *un mexicano, doble nacional, domiciliado en Estados Unidos de América, de acuerdo con la legislación electoral mexicana solo podría votar por presidente de la República, ya que las otras elecciones (diputados locales y federales, gobernador, senadores) requieren que la persona se encuentre domiciliada en un distrito electoral de la República Mexicana*, *con lo que el fin político se realiza.* Lo importante es que mediante ese impulso político se pudo llevar a cabo la reforma de la doble nacionalidad en favor de millones de mexicanos que, como ya se mencionó, en gran mayoría, por circunstancias ajenas a su voluntad, se encuentran en Estados Unidos porque México no pudo darles los mínimos de subsistencia necesarios ni las oportunidades de trabajo.

2 supuestos para perdida

Retomando nuestro tema, el art. 37 constitucional, apartado B, fracc. I y II, establece *dos supuestos conforme* a los cuales puede perderse *la nacionalidad mexicana adquirida por vía de naturalización*. Estos supuestos son los siguientes: "**I.** *Por adquisición voluntaria de una nacionalidad extranjera, por hacerse pasar en cualquier instrumento público como extranjero, por usar un pasaporte extranjero, o por aceptar o usar títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un Estado extranjero,* y **II.** *Por residir durante cinco años continuos en el extranjero".*

Desafortunadamente, en este dispositivo se conservaron viejos supuestos de pérdida y se unieron sin tener una vinculación entre sí, dando por resultado una mala disposición desde el punto de vista de la técnica legislativa y una pésima disposición en cuanto al fondo. Veamos algunas razones:

En *primer lugar,* la adquisición voluntaria. Se establece por el hecho de ser mexicano por naturalización opera la pérdida de esta nacionalidad por la adquisición voluntaria de otra nacionalidad. Entonces, ¿en dónde quedó el principio de la doble nacionalidad? Esto quiere decir, en otras palabras, que existe una diferencia de tal magnitud entre un mexicano *por nacimiento y un mexicano por naturalización*, que para *el primero es dable adquirir una segunda nacionalidad y para el segundo no, ¿no parece absurdo*? Sobre todo, en un país como México, donde por sus amplias y profundas desigualdades sociales existe casi un sistema de castas que provoca una terrible diferenciación socioeconómica entre los mexicanos. El problema de Chiapas es solo una pequeña muestra de lo que sucede a lo largo y ancho del país.

Otra causa de pérdida de la nacionalidad mexicana para los mexicanos por naturalización, establecida en la misma fracc. **I,** *se refiere al hecho de que se hagan pasar en cualquier instrumento público como extranjeros, o bien usen pasaporte extranjero*. Esta causal tiene en principio una lógica. Si el extranjero, al optar por la nacionalidad mexicana, renunció a su nacionalidad extranjera como requisito, al hacerse pasar por extranjero o al usar el pasaporte extranjero en México estaría indicando que su renuncia no fue sincera y de ahí la pérdida de la nacionalidad que adquirió bajo aquella renuncia; sin embargo, las situaciones para el mexicano por naturalización no son simples ni lineales.

En efecto, como indicamos, si el extranjero que adquirió la nacionalidad mexicana por naturalización es originario de uno de los múltiples Estados que no aceptan la renuncia a su nacionalidad, y menos aún la renuncia hecha ante un gobierno extranjero (en nuestro caso el mexicano), resulta que pese a su renuncia esa persona seguirá siendo considerada como nacional del Estado extranjero. Tendrá dos nacionalidades. Pese a la renuncia a su nacionalidad originaria, si con el tiempo la persona que adquirió la nacionalidad mexicana *se da cuenta de que en su país de origen le ofrecen una serie de prestaciones sociales como ayuda para el estudio de sus hijos, un régimen de pensiones y jubilaciones más favorables que el mexicano, etc.* ¿hasta qué punto se

puede llevar hasta sus últimas consecuencias la renuncia hecha ante el gobierno de México?, ¿no sería quizá desconocer una realidad? ¿no convendría más en un futuro regular la doble nacionalidad de forma más abierta, menos rigurosa y, sobre todo, no discriminatoria con respecto a los mexicanos por nacimiento?

El tercer supuesto en la misma fracc. I del art. 37 constitucional que se comenta establece: "*aceptar o usar títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un Estado Extranjero".*

La fracc. II del art. 37 constitucional establece que será causa de pérdida para los mexicanos por naturalización "*residir durante cinco años continuos en el extranjero*". Nuevamente un elemento de discriminación. Una causal que para los mexicanos por nacimiento parecería absurda, y, sin embargo, está vigente para los mexicanos por naturalización. Existe una razón por demás dudosa y sobre todo injusta en su generalización. Sin duda, el Constituyente permanente mexicano tuvo temores de que ciertos extranjeros adquieran la nacionalidad para después partir al extranjero y utilizar la nacionalidad mexicana para sus propios intereses. Esta razón en sí poco clara, no justifica el dispositivo constitucional. En realidad, su subsistencia en la reforma se debe más al deseo de no hacer demasiados cambios en el dispositivo constitucional que establecía esta causal desde 1917, a fin de que la parte significativa de la reforma pudiera ser aprobada.

El RLN *adiciona disposiciones interesantes relacionadas con la pérdida de la nacionalidad: el art. 23 se refiere a dos supuestos en los cuales un mexicano pierde su nacionalidad, pero tiene bienes y concesiones, por lo que deberá tramitar dentro de los seis meses el mismo registro respecto de sus bienes y concesiones como un extranjero. El segundo caso es acerca de quien posee bienes dentro de la zona restringida; a esta persona se le obliga a transmitir sus bienes dentro de los dos años siguientes a la pérdida de la nacionalidad a "persona facultada", o sea, a una persona de nacionalidad mexicana.*

Por último, veamos algunas precisiones que es conveniente tener en cuenta en materia de pérdida de la nacionalidad mexicana:

- ***a)*** *La pérdida de la nacionalidad mexicana es personalísima, es decir, solo afecta de manera directa al interesado.*
- ***b)*** *En el sistema jurídico mexicano existe un procedimiento de carácter general con base en el cual puede declararse la pérdida de la nacionalidad mexicana. Conforme al art. 26 de la LN, se puede declarar la nulidad de las cartas de naturalización expedidas con violación a ley.* En este tema, la Secretaria de Relaciones Exteriores, a la que competen todas las cuestiones relativas a la nacionalidad, tiene facultades para pronunciarse al respecto, sin embargo, el

art. 22 del RLN las limita, señala los casos en los cuales se procederá a declarar la pérdida de la nacionalidad y establece un procedimiento para tal declaratoria:

ARTÍCULO 22.- Cuando la Secretaría presuma que existen elementos que puedan configurar los supuestos de pérdida de nacionalidad mexicana por naturalización previstos en el artículo 37, apartado B), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se estará a lo siguiente:

I.- Se notificará personalmente al interesado el inicio del procedimiento de pérdida de nacionalidad mexicana por naturalización otorgándole un término de quince días hábiles, contados a partir del día siguiente al que surta efectos la notificación, a efecto de que manifieste por escrito lo que a sus intereses convenga, pudiendo ofrecer pruebas, apercibido que de no hacerlo se le tendrá por precluido su derecho;

II.- En su escrito, el interesado deberá declarar, bajo protesta de decir verdad, los bienes inmuebles de su propiedad en el territorio nacional;

III.- Del escrito señalado en la fracción anterior se dará vista a la Secretaría de Gobernación, para que emita la opinión correspondiente, en un término no mayor de cuarenta y cinco días hábiles contados a partir de la recepción del oficio de petición, y

IV.- Una vez que haya sido otorgada al interesado su garantía de audiencia; ofrecidas, admitidas y desahogadas las pruebas, si existieren, y recabada la opinión de la Secretaría de Gobernación, la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría dictará la resolución que corresponda, dentro de los sesenta días hábiles siguientes a la fecha en que se reciba dicha opinión.

El recurso de *reconsideración, y aun el juicio de amparo,* son recursos en contra de una declaratoria de pérdida de la nacionalidad mexicana.

13.

Nacionalidad de las personas morales.

El tema de la nacionalidad de las sociedades fue motivo de controversia doctrinal en el pasado. Hoy en día, desde un punto de vista práctico, las diversas legislaciones han establecido diferentes dispositivos que regulan las circunstancias en que una sociedad tiene cual o tal nacionalidad, o bien evidencia el hecho de que una sociedad pueda ser de tal o cual nacionalidad y se centra más en el aspecto práctico de su operación.

En el DIPr, la nacionalidad de las sociedades ha sido punto de contacto o conexión para determinar la ley aplicable. Por ello haremos un recuento de los diversos criterios

que han sido aplicados por el derecho positivo mexicano para determinar la nacionalidad de las sociedades, en particular las mercantiles, y en esa medida poder definir si tal o cual sociedad es sujeto de ciertos tipos de créditos que normalmente son negados a las sociedades extrajeras; o bien, sí en razón de su "nacionalidad" puede tener acceso a ciertos sectores reservados de la economía.

16

Personas morales.

De acuerdo con el *Código Civil para el Distrito Federal* (art. 25), son personas morales:

I. *La Nación, los Estados y los Municipios.*
II. *Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley.*
III. *Las sociedades civiles y mercantiles.*
IV. *Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal.*
V. *Las sociedades cooperativas y mutualistas.*
VI. *Las sociedades distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquiera otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley.*
VII. *Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736.*

En todos los casos se trata de la reunión de dos o más personas para llevar a cabo un objetivo común, lícito y posible, del pacto, acuerdo o contrato que las une surgen derechos y obligaciones de los miembros, una estructura interna, así como los órganos que las presentan. *La capacidad y el ejercicio de los derechos* necesarios para realizar su objetivo representan su personalidad jurídica.

El art. 2°, párrafo 1, de la *ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM)*, dispone: "Las sociedades mercantiles inscritas en el Registro Público de Comercio tienen personalidad jurídica distinta de los socios."

Respecto de la nacionalidad mexicana de las personas morales, el art. 8° de la LN establece: "*son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyen conforme a las leyes de la República y tengan en ella su domicilio legal."*

Esta disposición regula *dos tipos de criterios;* **uno *formal*,** que se refiere al de su constitución conforme a las leyes de la República, **y *otro real*,** el de tener en México su domicilio legal. De esta manera, una sociedad mercantil que se constituya de conformidad con la LGSM, es decir, ante notario público (art. 5°, LGSM) y en cuya escritura constitutiva se observen los requisitos establecidos por el art. 6° de dicha ley, se considerará que ha cumplido el requisito formal para adquirir la nacionalidad mexicana. Además, si la sociedad establece su domicilio legal en la República, cumplirá

con el requisito real, según lo dispuesto por el citado art. 8° de la LN, y, por tanto, se estimará de nacionalidad mexicana. En esta disposición no se tiene en cuenta la nacionalidad de quienes constituyan la sociedad, por lo que puede estar formada en 100% por extranjeros y, sin embargo, seguir siendo considerada *una sociedad de nacionalidad mexicana*.

En cuanto al aspecto técnico jurídico implícito en el otorgamiento de la nacionalidad mexicana a las personas morales, el art. 5° de la Ley de Nacionalidad y Naturalización de 1934, que se reproduce idéntico en el art. 8° de la LN, fue criticado en su época.

En los arts. 5° y 6° de la *Ley de Inversiones Extranjera,* a los que se hará referencia más adelante, se establecen *tres criterios:* ***actividades*** *reservadas exclusivamente al Estado,* ***actividades*** *reservadas solo a los mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros, y* ***actividades*** *de participación limitada de la inversión extranjera (en* este último caso se fijan diferentes porcentajes). Con ello se vuelve a la idea de complementación del dispositivo del art. 8° de la LN, ya que no se tiene en cuenta si determinada sociedad es mexicana, pues lo que interesa es la conformación de su capital social y, por consiguiente, su acceso o no a ciertos sectores de actividad económica que se han considerado fundamentales o por lo menos importantes para la economía del país.

Por cierto, en el sentido antes apuntado los arts. 8° y 9° de la LN no son una norma jurídica completa; se requiere de otras, en este caso la *Ley de Inversión Extranjera,* que le den contenido para el fin que pretende: *establecer cierta regulación respecto de la nacionalidad de sociedades.*

Aeronaves y embarcaciones.

En razón del valor que los Estados atribuyen a ciertos bienes muebles por su importancia, costo y movilidad, como las aeronaves y las embarcaciones, con frecuencia se emplea respecto de estos el término *nacionalidad.* En última instancia, se trata de un vínculo de propiedad que sobre un bien de este tipo puedan tener un Estado, las personas nacionales de un Estado y la relación, comercial o estratégica, que el bien representa para dicho Estado. En todo caso, se trata otra vez del uso excesivo del concepto de nacionalidad. En el derecho mexicano, dos ordenamientos principalmente se refieren a la nacionalidad de aeronaves y embarcaciones: la *Ley de Aviación Civil* y la *Ley de Navegación y Comercio Marítimos.*

1. **Ley de Aviación Civil.** En el art. 45 de esta ley establece que las aeronaves adquirirán la nacionalidad mexicana con el certificado de matrícula inscrito en el Registro Aeronáutico Mexicano. Conforme al mismo artículo, se le podrá asignar a una aeronave la matricula en México si es propiedad o está en

legítima posesión de mexicanos, o si se dedica exclusivamente al transporte aéreo privado o comercial. Por otro lado, si se pretende adquirir la nacionalidad *mexicana para una aeronave de nacionalidad extranjera, se deberá realizar primero la cancelación de la segunda*.

2. **Ley de Navegación y Comercio Marítimos.** El art. 10 establece: "*Son embarcaciones y artefactos navales mexicanos, los abanderados y matriculados en alguna capitanía de puerto*… [y se inscribirán] en el Registro Marítimo Nacional y se expedirá un certificado de matrícula cuyo original deberá permanecer a bordo como documento probatorio de su nacionalidad mexicana". El art. 11 ordena que solo las personas físicas o morales mexicanas podrán solicitar el abanderamiento de naves y artefactos de su propiedad.

La autoridad marítima a solicitud del interesado "abanderará embarcaciones como mexicanas, previo cumplimiento de las normas de inspección y certificación correspondientes" (art. 12). En el extranjero la autoridad para el abanderamiento de naves y artefactos es la autoridad consular (art. 12, párrafo 2).

La ley señala que pueden ser consideradas como mexicanas cinco tipos de embarcaciones. ***a)*** las abanderadas y matriculadas conforme a la Ley; ***b)*** las que abandono en aguas de jurisdicción nacional; ***c)*** las decomisadas por la autoridad mexicana; ***d)*** las capturadas al enemigo y consideradas buena presa y ***e)*** las que son propiedad del Estado.

Capítulo 3. La Condición Jurídica del Extranjero en México.

3.1 Historia sucinta de la condición jurídica de los extranjeros.

El patronaje y otras instituciones.

En la Grecia clásica (Siglo v A. C.) existían instituciones relacionadas con la condición jurídica de extranjeros, un ejemplo es el *patronaje o la hospitalidad,* institución que contemplaba la admisión de extranjeros siempre que se hallara bajo la protección y vigilancia de un ciudadano de la ciudad—Estado donde el extranjero se encontrare (Atenas, Tesalia, Esparta, etc.) A este ciudadano se le denominaba *proxene.* Los tratados de *Isopolitie* constituyen otro ejemplo de este tipo de instituciones. De acuerdo

con estos tratados, dos ciudades del Imperio acordaban las bases para otorgar a sus respectivos ciudadanos todos sus derechos civiles o parte de ellos.

Jus gentium y peregrinos.

Con un derecho más evolucionado, los ciudadanos romanos estaban sujetos al *jus civile,* mientras que los peregrinos que venían de ciudades distintas de Roma quedaban sometidos a la ley de su origen. Se trataba de un concepto que ya mencionamos del *origo,* el cual determinaba el derecho que se aplicaría a cada persona conforme al lugar donde esta hubiere nacido. El concepto de *origo* fue la base para que en el siglo XVI, con los Estados nacionales, surgiera el concepto de nacionalidad, que se adquiere por el hecho de nacer en un lugar determinado. A este tipo de adquisición de la nacionalidad se le conoce hoy como adquisición *jus soli.*

De esta manera, a la persona se le vincula a un elemento territorial, que es externo y se puede ubicar. El lugar de nacimiento fue entendido como el origen desde los tiempos antiguos. Con el crecimiento de las poblaciones, el concepto de tierra se transforma ya no solo en un hecho, sino un *concepto jurídico:* es el concepto de la nacionalidad, que hace suyo el Siglo XVI surgimiento del Estado nacional. Como veremos más adelante, las relaciones jurídicas internacionales de hoy han creado el concepto de la *residencia habitual* como un concepto de vínculo, desplazando de esta manera y en gran medida al de la nacionalidad.

Para juzgar las relaciones entre ciudadanos romanos y peregrinos, o entre peregrinos procedentes de diversas ciudades el **pretor**, que se inspiraba generalmente en el *Jus Gentium,* a diferencia del *jus civile,* que era un cuerpo de leyes que se habían elaborado tomando en *cuenta los usos y costumbres de los romanos*; él *jus Gentium,* en cambio, no era un derecho escrito, pero tampoco—y esto es lo interesante—era un derecho que se basaba siempre en los usos y costumbres de los romanos, ya que había que *interpretar usos y costumbres de otros lugares*. Esta labor de construcción del derecho—que hoy llamamos *derecho comparado*—es uno de los grandes logros del derecho romano; ahora se le conoce como *integración de las normas jurídicas* con el ejemplo de leyes de otros países.

A partir del siglo I a. c., Roma ya se había convertido en un imperio gracias a Cesar Augusto. Al expandirse, eran muchas las etnias que lo conformaban, por lo que se desarrolló una posición favorable hacia los extranjeros; la ideología era la que establecía el emperador en turno. Se sabe de migraciones al interior del imperio por diferentes motivos (seguridad y defensa, alimentación, suministro de agua, etc.) y, por ende, había “políticas de población” que probablemente dieron como resultado restricciones temporales a los extranjeros.

Personalidad de las leyes.

A la caída del Imperio Romano en 455 D. C., los conquistadores ya se habían asentado en su territorio. Aun cuando eran grupos de diversos orígenes (*alanos, godos, visigodos, vándalos, etc.*) con la influencia romana elaboraron sus propias leyes, las que se aplicaban dentro de un mismo territorio en función de la calidad de la persona; es decir dos o más leyes eran susceptibles de ser aplicadas por un pretor dentro de un mismo territorio, cuando se trataba de una relación entre dos o más personas con orígenes diferentes, lo que ocasionó que se buscarán soluciones a los posibles conflictos de leyes.

La aplicación de la ley con base en la calidad de la persona por su origen, como ya mencionamos, ha subsistido hasta nuestros días con el concepto de *nacionalidad,* que siempre surge de los particularismos de una región, una comunidad o un país. En una situación de este tipo se otorgaron los derechos a los extranjeros. Teodorico *protegió a los comerciantes extranjeros e incluso estableció jueces especiales para dirimir sus controversias*. Los visigodos concedieron a los extranjeros la oportunidad de ser juzgados por personas de su mismo origen.

Territorialismo de las leyes.

Durante la Edad Media (Siglo VIII), en el feudalismo, el vasallo sometido al dictado del señor feudal conservó únicamente los derechos que este le otorgaba, El vasallo podía trasladarse de un feudo a otro, pero solo con previo permiso de los señores feudales respectivos. A las personas que se desplazaban se les llamó *aubanas.* Con este nombre se creó una institución que, transformaba en algunas reglas, se aplicaba a quienes se encontrasen en un feudo diferente. Entre las regulaciones estaban las que los sometían a una serie de tributos por su calidad de extranjeros, como el *derecho de aubana*, que era el pago de tributo especial por el solo hecho de ser extranjero, el de *formariage,* que debía de cumplir para contraer matrimonio; y el de *mano muerta*, conforme al cual, al morir, sus bienes pasaban al poder del señor feudal.

Omnis peregrini y cartas de naturaleza.

Durante el feudalismo se dio una evolución lenta de derechos de los extranjeros, aunque había casos aislados, como en el año 1220, el emperador Federico II, por influencia de la Iglesia católica, otorgó a los extranjeros derecho de testar mediante testamento *omnis peregrini*. Sin embargo, no fue sino hasta el Siglo XIV, cuando la monarquía francesa empezó a otorgar cartas de naturaleza (lettres de naturalite) a los extranjeros y redujo *(y en ocasiones abrogó*) el pago de los derechos de *aubana*; es decir, por el hecho de ser extranjeros.

Igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros.

La Asamblea Constituyente francesa, en el año de 1790 suprimió los derechos de *aubana* y de detracción que afectaban a los extranjeros. Con la Constitución de 1791 proclamó igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros; a esta determinación influyeron las ideas de diversos pensadores liberales de la época y se preparó así el advenimiento de una nueva era en pro de los Derechos Humanos, que favoreció la condición jurídica de extranjeros, como se reflejó en la *Constitución de Estados Unidos de América* pocos años después.

Movimientos que favorecen a los extranjeros.

Desde principios del siglo XX, se gestaron movimientos favorables a los extranjeros, que se interrumpieron durante la Primera Guerra Mundial; sin embargo, al terminar este enfrentamiento resurgieron con más fuerza. Entre esos movimientos cabe destacar la Conferencia Internacional sobre la Condición Jurídica de los extranjeros celebrada en París en 1929, y la Convención Panamericana de la Habana en (1928).

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Se trata de una Declaración aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre 1948 que señala el punto culminante en el reconocimiento de los Derechos Humanos, entre ellos los de los extranjeros:

> **"Artículo 2.** *Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición."*

Como puede observarse, en esta declaración se plantea por primera vez una posición universal a favor de la persona en su totalidad, a la que no debe discriminarse por su calidad de extranjero, y ello dio origen a una transformación radical en esta materia. Siempre se va a seguir hablando de nacionales y extranjeros, pero estos últimos deberán disfrutar, en todo momento, los mismos derechos humanos que los nacionales. Así la antigua idea acerca del tratamiento especial a los extranjeros empieza a desaparecer, aunque en México continuaron existiendo limitaciones en los derechos de los extranjeros en buena parte del siglo XX.

A la Declaración Universal de Derechos Humanos siguieron otras que cabe mencionar por su importancia: *la Convención Europea sobre Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950)*, con la que se crea una Comisión Europea de

Defensa de los Derechos Humanos; *la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Naciones Unidas, 1963), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, de 1988).*

Es importante destacar que la evolución de los derechos de los extranjeros fue rápida en la última mitad del siglo XX. Como hemos mencionado, ***primero*** se igualó a todo ser humano sin importar su condición, con la cual el hecho de ser extranjero dejó de ser una condición distinta y con frecuencia de inferioridad en el disfrute de los derechos humanos frente al nacional. En ***segundo*** lugar, el tratamiento de los extranjeros se redujo a la aplicación de regulaciones migratorias.

Desafortunadamente las grandes migraciones, de mexicanos hacia *Estados Unidos de América*, de africanos hacia Europa o de Centroamericanos hacia México, provocaron un desbordamiento de las autoridades migratorias y se dieron serias violaciones a los Derechos Humanos; pero en la actualidad, y sin dejar de lamentar esos hechos, son casos de excepción.

Cabe apuntar que el tratamiento de los derechos humanos se ha desarrollado favorablemente en los últimos años. Se pasó de acuerdos internacionales celebrados entre Estados para reclamar violaciones a los derechos de sus nacionales, a convenios internacionales para establecer comisiones que juzgaran la violación de Derechos Humanos; en general, las personas pueden tener acceso directo a dichos órganos para denunciar la violación de sus derechos.

Breve nota sobre la evolución histórica de la condición jurídica de los extranjeros en México.

En esta sección nos referiremos brevemente a los antecedentes de la Condición Jurídica de los extranjeros en México.

Durante la Colonia estuvo vigente el *Código de las Siete Partidas,* que fue promulgado durante el reinado de Alfonso X, en cuya Ley l, t. 23, p. 4, se estableció que el estado de los hombres sería "*la condición o manera en que los omes vivien o están*." De esta condición o manera se deriva de los individuos podían encontrarse en el estado natural o ser extranjeros.

Las demás fuentes del derecho castellano hicieron la distinción entre naturales y extranjeros, y la pérdida del estado natural (*nacionalidad*) se producida por desnaturalización o por renuncia voluntaria. Sin embargo, con base en el concepto del *exclusivismo colonial,* los extranjeros *tenían prohibida la entrada al territorio de la Nueva España,* excepto con permiso expreso de los monarcas españoles. (Avalos). Aun

Alexander Von Humboldt debió recabar dicho permiso para venir a México a principios del siglo XIX.

A finales del siglo XVIII, con las reformas borbónicas, en el Virreynato de la nueva España se excluía de puestos en el gobierno a criollos y mestizos. A principios del XIX se establecieron algunos extranjeros en territorio de la América Española y su condición fue precaria, ya que prevalecía una actitud "*claramente definida en su contra," solo* en los albores de la Independencia se puede encontrar un primer pronunciamiento en favor de la aceptación del extranjero. Documento libertario expedido por Ignacio López Rayón, en agosto de 1811, se expresa en el art. 2° "*Todo extranjero que quiera disfrutar de los privilegios de ciudadano americano, deberá impetrar Carta de Naturaleza a la Suprema Junta que se concederá con acuerdo del ayuntamiento respectivo…*".

Es importante destacar que en el precepto la decisión sobre el otorgamiento de un estatuto de "*ciudadano americano*", o sea, de igualdad de derechos del extranjero con el nacional, era dejada la resolución de cada ayuntamiento como representación política de la comunidad local donde el extranjero deseaba establecer su residencia. En esas condiciones, la propia comunidad, después de observar la conducta del extranjero, podía acceder a que a este se le otorgaran derechos iguales; o dicho en términos actuales, se le *asimilara al nacional*.

Además de los pronunciamientos mencionados, también en documentos constitucionales del México independiente se plasmó la idea ya ampliamente difundida y favorable a la condición jurídica de extranjeros. Estos son el *Acta Constitutiva de la Federación Mexicana (arts. 18 y 30) y la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos del 4 de octubre de 1824; el Acta de Reforma (*sesión del 21 de diciembre de 1846) y el art. 13 de las *Bases Organicas de la República Mexicana (14 de junio de 1843)*, donde dispone que: "*Los extranjeros casados o que casen con mexicanas o que fueren empleados en servicio y utilidad de la República, o de los establecimientos industriales de ella, o que adquieran bienes raíces en la misma, se les dará Carta de Naturaleza, sin otro requisito*, si la pidieran."

Esta disposición se repite en la Constitución de 1847, y en el Estatuto del Imperio, de 1865, con lo cual parece definirse una política del Estado mexicano en el tratamiento de los extranjeros, sobre todo a partir del primer cuerpo legal que regula de forma específica la condición jurídica de los extranjeros y que contiene normas precisas en materia de nacionalidad: *El decreto de Gobierno sobre Extranjería y Nacionalidad.* Expedido por Antonio López de Santana el 30 de enero de 1854.

Para concluir, cabe mencionar, y en algunos casos reiterar, los principales tratados suscritos por México con el tema que nos ocupa, Entre otros, tenemos la *Convención sobre la Condición de extranjeros, firmada en la Habana el 20 de febrero de 1928; la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados,* firmada en Montevideo el 26 de

diciembre de 1933 y, sobre todo, dos instrumentos jurídicos internacionales de primera importancia: la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas, en París, el 10 de diciembre de 1948; el segundo la *Convención Americana de San José Costa Rica,* con fecha 22 de noviembre de 1969, la cual establece una comisión y una Corte Interamericana de Derechos Humanos, convención ratificada por México en 1981.

México acepto la jurisdicción de la Corte Interamericana el 16 de diciembre de 1998, con lo que cualquier funcionario del gobierno mexicano puede ser juzgado ante dicha Corte Internacional por violación a los derechos humanos. Este hecho viene a cambiar la política gubernamental de nuestro país, vigente hasta finales del siglo XX, la cual rigió por la ideología de una soberanía nacionalista que no aceptaba interferencias en los actos del propio gobierno; sin embargo, esta actitud paralizante frente al mundo y la falta de respeto de los derechos humanos empezó a desaparecer una vez que México abrió su economía hacia el exterior y construyó una democracia. Con ello evidenció una actitud política que se refleja, en este caso, la aceptación de una jurisdicción internacional en materia de protección de los derechos humanos, que ha constituido un paso muy relevante en el desarrollo de la política mexicana en la materia.

Un hecho de esta naturaleza demuestra que aún existen en México corrientes retardatarias importantes, que no permiten que la posición de nuestro país en materia de derechos humanos sea totalmente clara: esas mismas corrientes políticas, todavía mayoritarias, han empezado a ceder—muy a su manera—en su posición nacionalista a ultranza. Tanto es así que finalmente, con una política de la apertura del gobierno mexicano se *ratificó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional el 28 de octubre de 2005*; gracias a la cual México ha quedado sometido a la jurisdicción de dicha Corte.

Nuestro país en 2011 se modificó el art. 1° de la Constitución, "*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia*," (párrafo 2), además de otras modificaciones constitucionales sobre el tema, la nueva *Ley de Migración,* (LM) que hoy en día, la protección sobre extranjeros se haya ampliado y falta ahora que las autoridades migratorias apliquen correctamente esas disposiciones.

Por último, cabe reiterar la mención de un instrumento internacional de gran importancia que, centrado básicamente en la defensa de los derechos humanos, coadyuva a la defensa de los extranjeros y del que México es Estado parte: la *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de las Naciones Unidas (*Asambea General) Resolución 2105 A (XX), el 21 de diciembre de 1955, ratificada por México en 1975, que ya hemos mencionado, al igual que la Convención Americana de Derechos Humanos.

3.2 Condición jurídica del extranjero en México. Internación y estancia del extranjero.

Como ya se comentó, el extranjero en México goza de todas las garantías establecidas por la Constitución, con las excepciones que la misma señala, por el hecho de encontrarse en territorio nacional; sin embargo, con objeto de que el extranjero pueda internarse y permanecer legalmente en el país, debe cumplir con las disposiciones migratorias de carácter administrativo que al respecto determina *la Ley de Migración.*

En efecto, cuando un extranjero desea internarse en territorio nacional deberá hacerlo con una autorización administrativa, que es una "visa" valida durante el tiempo que desee permanecer dentro del territorio. Esta visa o documento migratorio se otorga con base en la calidad migratoria que el extranjero solicite. Como veremos a continuación, esta regulación contiene ciertas carácteristicas, sin embargo, el aspecto esencial es que se le permite al extranjero dedicarse a las actividades que librevemte haya decidido, dentro de los limites regulatorios que México tiene establecidos para cada actividad cuando se trata de extranjeros.

Aquí cabe hacer una distinción importante: un aspecto esencial es el respeto de los derechos humanos que, como hemos dicho, gozan todas las personas (mexicanas y extranjeras) por el solo hecho de encontrase en territorio nacional, y otra cuestión distinta es la que deriva de una política migratoria y poblacional, que se expresa mediante normas jurídicas que regulan el ingreso y la estancia de los extranjeros en México. En este último sentido, las medidas son de carácter administrativo y de orden público y regulan las actividades del extranjero en México conforme a una política migratoria previamente definida, que varía de tiempo en tiempo de acuerdo con la ideología política del gobiernó en turno con las condiciones económicas del país como es el caso del empleo, además de criterios poblacionales en general.

El extranjero en el territorio nacional debe tener una conducta honorable y no debe inmiscuirse en asuntos políticos del país. La violación a esas imitaciones puede ser sancionada con la expulsión del extranjero. Esto no puede considerarse una violación de derechos humanos, siempre que las autoridades mexicanas actúen en este sentido conforme a la ley y no exista una arbitrariedad lesiva a los derechos fundamentales de la persona.

La Secretaría de Gobernación se encarga de formular y conducir la política demográfica salvo lo relativo a la colonización, asentamientos humanos y el turismo (*art. 27, fracción IV, Ley Orgánica de la Administración Pública Federal*). La conducción de la política migratoria la lleva a cabo a través del Instituto Nacional de Migración INM).

La inmigración, uno de los aspectos de la política demográfica que nos interesa para el estudio de nuestro tema. Respecto de la inmigración, es el art. 18 de *la Ley de Migración* establece como facultades de la Secretaría:

> II. Fijar las cuotas, requisitos o procedimientos para la emisión de visas y la autorización de condiciones de estancia, siempre que de ellas se desprenda para su titular la posibilidad de realizar actividades a cambio de una remuneración; así como determinar los municipios o entidades federativas que conforman las regiones fronterizas o aquellas que reciben trabajadores temporales y la vigencia correspondiente de las autorizaciones para la condición de estancia expedida en esas regiones, en los términos de la presente Ley. En todos estos supuestos la Secretaría deberá obtener previamente la opinión favorable de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social y tomará en cuenta la opinión de las demás autoridades que al efecto se establezcan en el Reglamento.

A partir del año 2000, con la entrada en vigor del Reglamento de la LGP (RLGP) se creó el Instituto Nacional de Migración como organismo desconcentrado de la Secretaría, encargado de regular el ingreso y la permanencia de los extranjeros en México. Con esta decisión se creó un organismo especializado en el tratamiento y la regulación de la estancia de los extranjeros en México.

En lo concierne a este tema por parte de las autoridades mexicanas, Francisco X. Arredondo Galván se refiere a los "*ocho lineamientos en la política migratoria*", que si bien están referidos a la ley anterior, son aplicables con la ley actual y son los siguientes:

> • Primero. - *Se fijará el número de extranjeros autorizados a internarse. La Secretaría de Gobernación (Instituto Nacional de Migración, INM) fijará el número de extranjeros por actividades o por zonas de residencia, cuya internación podrá autorizarse (artículo 32, LGP) para una adecuada distribución del territorio.*
>
> • Segundo. - *Se Sujetará la internación a modalidades pertinentes. Con base en el criterio de qué tanto sean sus posibilidades para contribuir al progreso nacional, la Secretaría de Gobernación (INM) sujetara la inmigración de extranjeros a modalidades que juzgue pertinentes.*
>
> • Tercero. - *Habrá preferencia de permisos de internación a científicos y técnicos e inversionistas se preferirá autorizar el ingreso a científicos y técnicos en disciplinas no cubiertas suficientemente por mexicanos y a inversionistas que pretendan invertir su capital en la industria, comercio y servicios.*
>
> • Cuarto. - *A los turistas se les facilitará su internación. En el entendido de que permanecerán sólo seis meses en México).*

• Quinto. - *La Internación se condiciona a la reciprocidad internacional y equilibrio demográfico. Las cuotas de extranjeros del artículo 32 de la Ley General de Población siguen esos criterios.*

• Sexto. - Nacionalidad de extranjeros a internarse se clasifican en ***a)*** *Nacionalidades restringidas o de permiso previo;* ***b*****)** *Nacionalidades reguladas, y* ***c)*** *Nacionalidades sin regulación o libres.*

• Séptimo. - *Se Pueden fijar condiciones a actividades y lugar de residencia. El art. 34 dispone lo anterior y dice igualmente la Secretaría de Gobernación (INM) cuidará que los inmigrantes sean útiles para el país y cuenten con ingresos suficientes para subsistir.*

• Octavo. - La Secretaría de Gobernación (INM) puede negar la internación de extranjeros en los ocho casos siguientes:

° *Cuando no haya reciprocidad internacional;*

° *Cuando lo exija así el equilibrio demográfico*;

° *Cuando se estime lesivo para los intereses económicos nacionales*;

° *Cuando tengan malos antecedentes en el extranjero o hayan violado las leyes mexicanas;*

° *Cuando no cumplan con los requisitos establecidos por la Ley General de Población y su Reglamento y leyes correlacionadas, así como el manual de trámites migratorios,*

° *Cuando no se encuentren bien física o mentalmente; y*

° *Cuando lo prevean otras disposiciones legales*.

El INM hará dicha negativa mediante acuerdos generales publicados en el *Diario Oficial de la Federación (DOF).*

Estos lineamientos anteriores se dan a conocer de forma sistemática en un Manual de trámites migratorios del Instituto Nacional de Migración de la Secretaría de Gobernación, se publica la regulación de los extranjeros en México, con las calidades *de* ***no inmigrantes, inmigrantes e inmigrados*****.**

Teóricamente, es correcto el criterio conforme al cual a un extranjero se le condiciona su ingreso y permanencia en México a una *residencia determinada. Existen* muchas zonas geográficas en la República donde la presencia de un extranjero puede ser benéfica, sobre todo con el excesivo centralismo de actividades en la Ciudad de México y otras capitales en el interior del país; sin embargo, ¿hasta que punto es eficiente un criterio de esa naturaleza cuando el extranjero, para el desarrollo de su actividad e

industria, necesita desplazar su residencia? Claro está que se encuentra abierta la posibilidad de justificar ante la autoridad dicho desplazamiento, pero ¿Qué sucede si la autoridad le niega el fijar su residencia en otra parte del país? ¿No se estaría violando la garantía constitucional de libre desplazamiento de las personas? Existe una serie de estrategias que permiten eludir una negativa como esa; por tanto, el resultado que se pretende con una política de este tipo en la práctica no es suficiente ni para la autoridad, por su necesaria actividad de comprobación, ni para el extranjero, quien deberá emplear tiempo y dinero para evadir el cumplimiento de la política.

3.3 La Ley de Migración.

Con el fin de analizar esta nueva legislación, revisaremos a continuación, su significado, los principios que la regulan, las condiciones de estancia o categorías migratorias que se establecen y algunas características relevantes de la Ley.

En las reformas constitucionales promulgadas el 10 de junio del 2011, se hace énfasis en la protección de los migrantes, después de haberse publicado tantas violaciones a los derechos de estas personas por funcionarios de migración. Este tema alcanzó su mayor dimensión en la década del 2000 porque desde hacía años varias autoridades migratorias habían *sido solo acusadas de corrupción, falta de atención y hasta de violencia en contra de los migrantes,* sobre todo en el sur del país. De ahí que se decidiera regular el sistema migratorio y a sus agentes dentro de una concepción diametralmente distinta, tarea que no es imposible, pues se ha logrado con la Policía Federal; ojalá que este ejemplo de disciplina y honestidad pueda permear algún día en el espíritu de los agentes migratorios. Urge concluir esta tarea pendiente, por que México ha sido denunciado de manera reiterada por las violaciones de derechos de los migrantes en el territorio nacional. Situación que es hasta cierto punto paradójica, ya que nuestro país ha denunciado con frecuencia incluso ante el Tribunal Internacional de Justicia de La Haya, no sin razón, la violación de los derechos de sus migrantes en Estados Unidos de América.

Esta nueva tendencia a favor de los derechos humanos se reflejó en la *Ley de Migración* (LM) publicada el 25 de mayo de 2011, cuya entrada en vigor quedó sujeta para la fecha en que se publicara su Reglamento. Esto último debió suceder en noviembre de 2011 (180 días después de la aparición de la LM) y no se hizo sino hasta el 28 septiembre 2012. La razón es que diversas organizaciones de protección a migrantes consideraban que en el Reglamento se debían de dar ciertas interpretaciones con el fin de ampliar los dispositivos de la LM.

3.4 La nueva Ley de Migración.

Con la publicación de la nueva *Ley de Migración (DOF) México* cambia finalmente una postura que se conservó durante cerca de 80 años, una actitud de cautela y desconfianza hacia los extranjeros por la cual se les restringieron varios derechos. En el siglo XIX, las invasiones que diferentes Estados hegemónicos emprendieron contra el país generaron desconfianza hacia el extranjero, pero eso, que tuvo razón de ser en aquella época, hoy ya es historia. La LM refleja una nueva mentalidad que se vertió en la reforma constitucional de 10 de junio de 2011**,** en la cual se aceptó con amplitud de defensa de los derechos humanos y se dio un giro en favor de la protección de los migrantes. Se reconoce finalmente tres características que México tiene actualmente: *es un país de emigración,* la gran mayoría de sus *emigrantes tiene como destino los Estados Unidos,* asimismo, es un país de tránsito de migrantes que van hacía el norte y, además, *un país de inmigración*. Pocos países tienen en la actualidad estas carácteristicas. Este reconocimiento en la nueva ley es una manera de asumir la globalización, por cierto, poco estudiada en esta área.

En cuanto a la LM, (Ley de Migración) se da énfasis a la protección de los migrantes y se incluyen disposiciones modernas que facilitan la aplicación de la normatividad procedente de los tratados internacionales celebrados por México, como son, entre otras, las facilidades migratorias a *fin de que un menor desplazado ilícitamente pueda ser repatriado de forma expedita* (art. 74) o el otorgamiento de una condición migratoria especial a los padres extranjeros que vienen a México a realizar *una adopción internacional de un menor mexicano* (art. 52, fracc. VI). El interés del legislador por proteger la niñez también es evidente, al hacer suyo el principio internacional de "*interés superior del menor*" con la regulación protectora de personas en situación de vulnerabilidad (arts. 112 y siguientes).

Respecto de las calidades migratorias previstas en la *Ley General de Población* anterior, se cambió su nomenclatura y se elevó la precisión de las categorías, que el legislador llama ahora *condiciones de estancia* (art. 2, fracc. VI). Hay disposiciones que otorgan flexibilidad a los funcionarios migratorios para solucionar casos no contemplados en la ley (arts. 55 y otros), aunque también se llegó a un exceso de requisitos y procedimientos que ahora se plantean en el Reglamento.

A. Principios (El decálogo migratorio).

El artículo 2 establece:

1. Derechos humanos:

Respeto irrestricto de los derechos humanos de los migrantes, nacionales y extranjeros, sea cual fuere su origen, nacionalidad, género, etnia, edad y situación migratoria, con especial atención a grupos vulnerables como menores de edad, mujeres, indígenas, adolescentes y personas de la tercera edad, así como a víctimas del delito. En ningún caso una situación migratoria irregular preconfigurará por sí misma la comisión de un delito ni se prejuzgará la comisión de ilícitos por parte de un migrante por el hecho de encontrarse en condición no documentada.

Después de un amplio reconocimiento de los derechos del migrante, se termina por despenalizar la situación ilegal del mismo. Este principio en la ley, de gran trascendencia, permitirá a los migrantes desplazarse con mayor libertad y protección; es una señal clara de que ya no se tolerarán, ni quedarán impunes, los abusos de algunas autoridades migratorias, como la retención ilícita y en ocasiones el secuestro de migrantes indocumentados.

2. "Congruencia de manera que el Estado mexicano garantice la vigencia de los derechos que reclama para sus connacionales en el exterior, en la admisión, ingreso, permanencia, tránsito, deportación y retorno asistido de extranjeros en su territorio". La LM establece una estructura completa para efectuar actividades de coordinación con las entidades federativas a fin de compartir criterios de aplicación de la ley y, con ello, lograr una máxima congruencia en la ejecución de esta política legislativa en el plano nacional; además, se dan facultades a las autoridades locales fronterizas para otorgar los permisos de visitante regional.

3. "Enfoque integral acorde con la complejidad de la movilidad internacional de personas, que atienda las diversas manifestaciones de migración en México como país de origen, tránsito, destino y retorno de migrantes, considerando sus causas estructurales y sus consecuencias inmediatas y futuras". Por primera vez el enfoque migratorio es de naturaleza integral.

4. "Responsabilidad compartida con los gobiernos de los diversos países y entre las instituciones nacionales y extranjeras involucradas en el tema migratorio." Representa el reconocimiento de la cooperación interna y de la interdependencia, multicional para abordar y solucionar temas propios de la globalización que han dejado de ser competencia estricta del Estado Mexicano. En 1994, con la firma del *Tratado de Libre Comercio de América del Norte, México* cedió el manejo de parte de las facultades que antes se vinculaban con criterios de soberanía estricta del Estado Nacional, como son las materias aduanera y migratoria, esta último ahora con mayor desarrollo conforme a la LM. Se trata de temas vinculados a la globalización, a la vinculación de nuestro país con el mundo en el ámbito comercial y donde la migración es hoy una realidad supranacional, con el movimiento de personas en la región en busca de trabajo.

5. "Hospitalidad y solidaridad internacional con las personas que necesitan un nuevo lugar de residencia temporal o permanente debido a condiciones extremas en su país de origen que ponen en riesgo su vida o su convivencia, de acuerdo con la tradición mexicana en este sentido, los tratados y el derecho internacional." Como puede apreciarse, se trata de una definición puntual del refugio, institución aplicada por México desde el siglo XIX que nos ha engrandecido como nación. A principios del siglo pasado. Con el arribo de los refugiados libaneses, de desarrolló el comercio; después de la Revolución, se promovió la discusión de las ideas con la llegada de los refugiados rusos, con León Trotsky a la cabeza. Un nuevo impulso al comercio se dio por parte de los judíos, que vinieron huyendo del exterminio nazi. A finales de la década de 1930. México fue nuevamente privilegiado con el refugio de la República española; con ella vinieron diversos profesionales que contribuyeron a la modernización de las ciencias y en particular del derecho. La UNAM y el Colegió de México son un testimonio claro de sus ideas. Ya no se diga de las frecuentes inmigraciones de académicos, políticos e inversionistas latinoamericanos que por problemas políticos en sus lugares de origen han llegado al país, siempre aportando nuevas ideas y con ello ensanchando la cultura nacional.
6. "Facilitación de la movilidad internacional de personas, salvaguardando el orden y la seguridad. Este principio reconoce el aporte de los migrantes a las sociedades de origen y destino. Al mismo tiempo, pugna por fortalecer la contribución de la autoridad migratoria a la seguridad pública y fronteriza, a la seguridad regional y al combate contra el crimen organizado, especialmente en el combate al tráfico o secuestro de migrantes, y a la trata de personas en todas sus modalidades."
7. "Complementariedad de los mercados laborales con los países de la región, como fundamento para una gestión adecuada de la migración laboral acorde a las necesidades nacionales."
   "Equidad entre nacionales y extranjeros, como indica la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, especialmente en lo que respecta a la plena observancia de las garantías individuales, tanto nacionales como para extranjeros."
8. "Reconocimiento a los derechos adquiridos de los inmigrantes, en tanto que los extranjeros con arraigo o vínculos familiares, laborales o de negocios en México han generado una serie de derechos y compromisos a partir de su convivencia cotidiana en el país, aún cuando puedan haber incurrido en una situación migratoria irregular por aspectos administrativos y siempre que el extranjero haya cumplido con las leyes aplicables."

   Los derechos adquiridos a los que el legislador se refieren conforman una interpretación colindante, pero diferente, el concepto de derechos adquiridos en el DIPr que se estudian en la segunda parte de esta obra. El legislador, cuando se refiere al tema, nos dice que se trata de los vínculos familiares, sociales, de trabajo, que constituyen elementos a tomar en cuenta en caso de que existan derechos adquiridos en el país. De esta manera, dicha consideración primará sobre "una *situación irregular"* –ya no un delito, como la llama el legislador--, que seguramente debe ser corregida.
9. "Unidad familiar e interés superior de la niña, niño y adolescente, como criterio prioritario de internación y estancia de extranjeros para la residencia temporal o permanente en México,

junto con las necesidades laborales y las causas humanitarias, en tanto que la unidad familiar es un elemento sustantivo para la conformación de un sano y productivo tejido social de las comunidades de extranjeros en el país."

10. Multiculturalismo:

"Integración social y cultural entre nacionales y extranjeros residentes en el país con base en el multiculturalismo y la libertad de elección y el pleno respeto de las culturas y costumbres de sus comunidades de origen, siempre que no contravengan las leyes del país.

Facilitar el retorno al territorio nacional y la reinserción social de los emigrantes mexicanos y sus familias, a través de programas interinstitucionales y de reforzar los vínculos entre las comunidades de origen y destino de la emigración mexicana, en provecho del bienestar familiar y del desarrollo regional y nacional.

El Poder Ejecutivo determinará la política migratoria del país en su parte operativa, para lo cual deberá recoger las demandas y posicionamientos de los otros Poderes de la Unión, de los gobiernos de las entidades federativas y de la sociedad civil organizada, tomando en consideración la tradición humanitaria de México y su compromiso indeclinable con los derechos humanos, el desarrollo y la seguridad nacional, pública y fronteriza.

B. Movimiento internacional de personas y la estancia del extranjero en México.

Conforme al art. 52 de la LM, en el nuevo sistema clasificatorio de migración se establecen las condiciones de estancia o categorías migratorias con las cuales un extranjero puede internarse y residir en México.

- **La *residencia temporal***, es decir, las condiciones de estancia de visitantes que la ley tipifica en ocho rubros (art. 52) para diversas actividades por plazos determinados.
  Se trata de los extranjeros no permanentes.
- **La *residencia permanente,*** establecida en el párrafo 9 del mismo artículo se adquiere de diversos modos. Esta es la condición de estancia que permite al extranjero "*permanecer en el territorio nacional de manera indefinida, con permiso para trabajar a cambio de remuneración en el país*". (art. 52, fracc. IX).

Pasemos a revisar las calidades de estancia de las ocho categorías de *visitantes.*

Artículo 52. Los extranjeros podrán permanecer en el territorio nacional en las condiciones de estancia de visitante, residente temporal y residente permanente, siempre que cumplan con los requisitos establecidos en esta Ley, su Reglamento y demás disposiciones jurídicas aplicables, de conformidad con lo siguiente

I. ***VISITANTE SIN PERMISO PARA REALIZAR ACTIVIDADES REMUNERADAS***. Autoriza al extranjero para transitar o permanecer en territorio nacional por un tiempo ininterrumpido no mayor a **ciento ochenta días**, contados a partir de la fecha de entrada, sin permiso para realizar actividades sujetas a una remuneración en el país. [En el art. 104 del Reglamento se establecen los requisitos para la solicitud de esta condición de estancia.]

Se trata de la condición de estancia más numerosa, pues en ella se incluyen principalmente a los turistas. La temporalidad es de seis meses. No tiene derecho a dedicarse a actividades lucrativas no a recibir una remuneración dentro del país.

II. ***VISITANTE CON PERMISO PARA REALIZAR ACTIVIDADES REMUNERADAS***. Autoriza al extranjero que cuente con una oferta de empleo, con una invitación por parte de alguna autoridad o institución académica, artística, deportiva o cultural por la cual perciba una remuneración en el país, o venga a desempeñar una actividad remunerada por temporada estacional en virtud de acuerdos interinstitucionales celebrados con entidades extranjeras, para permanecer en territorio nacional por un tiempo ininterrumpido no mayor **a ciento ochenta días,** contados a partir de la fecha de entrada. [Para los requisitos de solicitud de esta condición de estancia art. 105 y 55 del Reglamento.]

La diferencia entre esta condición y la anterior consiste en que el extranjero puede desempeñar actividades remuneradas. El plazo de estancia es igual que en caso anterior: seis meses.

III. ***VISITANTE REGIONAL***. Autoriza al extranjero nacional o residente de los países vecinos para ingresar a las regiones fronterizas con derecho a entrar y salir de las mismas cuantas veces lo deseen, sin que su permanencia exceda **de siete días** y sin permiso para recibir remuneración en el país.

Mediante disposiciones de carácter administrativo, la Secretaría establecerá la vigencia de las autorizaciones y los municipios y entidades federativas que conforman las regiones fronterizas, para efectos del otorgamiento de la condición de estancia de visitante regional.

Se trata de la regulación migratoria de frontera conforme a la cual las personas que deseen visitar nuestro país, con estancia en ciudades fronterizas por no más de tres días, pueden obtener este tipo de permisos. En el caso de esta condición de estancia, se otorgan a las autoridades municipales las facultades de otorgar este tipo de permiso de estancia. La centralización administrativa en este sentido, por delegación de facultades federales, es un hecho que ahora se confirma. Se toma en cuenta la

sensibilidad de las autoridades locales. Con otras denominaciones, ha sido una categoría migratoria que existe desde las primeras leyes del siglo XX en la materia.

IV. ***VISITANTE TRABAJADOR FRONTERIZO***. Autoriza al extranjero que sea nacional de los países con los cuales los Estados Unidos Mexicanos comparten límites territoriales, para permanecer hasta **por un año en las entidades federativas** que determine la Secretaría. El visitante trabajador fronterizo contará con permiso para trabajar a cambio de una remuneración en el país, en la actividad relacionada con la oferta de empleo con que cuente y con derecho a entrar y salir del territorio nacional cuantas veces lo desee.

Conforme a este dispositivo, se está regulando un fenómeno que se ha prestado a la corrupción: el de los trabajadores temporales centroamericanos que vienen a nuestro país a trabajar para recoger cosechas, principalmente en los estados unidos mexicanos del sur. Este permiso está sujeto a dos condiciones: *la temporalidad, de* ***un año, y las ofertas*** *de mano de obra disponibles en las diversas zonas de la República*. En la medida en que se agrande la desigualdad en el crecimiento entre México y Centroamérica, nuestro país se encontrara ante los mismos esquemas de admisión y trato de los mexicanos por los que tanto lucho frente a las autoridades estadounidenses, desde la época de los llamados *braceros,* que no eran más que visitantes trabajadores fronterizos.

V. ***"VISITANTE POR RAZONES HUMANITARIAS****.* Se autorizará esta condición de estancia a los extranjeros que se encuentren en cualquiera de los siguientes supuestos:" Esta condición de estancia es de las más abiertas. Hasta la ley anterior, se distinguía entre asilados políticos y refugiados. Estos últimos constituyeron nuevas figuras traídas por la LGP; sin embargo, en la nueva Ley se ha decidido englobar ambas condiciones dentro de una sola y adoptar el término internacional de refugiado, como se conoce esta institución en el mundo. Las visas de visitante por razones humanitarias engloban principalmente tres supuestos:

a) Ser ofendido, víctima o testigo de algún delito cometido en territorio nacional.

Para efectos de esta Ley, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones jurídicas aplicables, se considerará ofendido o víctima a la persona que sea el sujeto pasivo de la conducta delictiva, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima.

Al ofendido, víctima o testigo de un delito a quien se autorice la condición de estancia de visitante por Razones Humanitarias, se le autorizará **para permanecer en el país hasta que concluya el proceso,** al término del cual deberán salir del país o solicitar una nueva condición de estancia, con derecho a entrar y salir del país cuantas veces lo desee y con

permiso para trabajar a cambio de una remuneración en el país. Posteriormente, podrá solicitar la condición de estancia de residente permanente;

El ofendido, la víctima o el testigo en procedimientos por delitos cometidos en territorio nacional, a fin de facilitar la asistencia a dichos procedimientos para hacer valer sus derechos.

b) Ser niña, niño o adolescente migrante, en términos del artículo 74 de esta Ley." Este es el caso previsto en el art. 74, (L.M.) según el cual se tratará de que actuando en beneficio del interés superior del menor, se pueda otorgar una visa de esta naturaleza a menores cuya situación aún no sea definida; para ello se tomará en cuenta el principio más general, que es el de la unidad familiar.

c) Ser solicitante de asilo político, de reconocimiento de la condición de refugiado o de protección complementaria del Estado Mexicano, hasta en tanto no se resuelva su situación migratoria. Si la solicitud es positiva se les otorgará la condición de estancia de residente permanente, en términos del artículo 54 de esta Ley." Es el caso propiamente del refugio, que se divida a su vez en tres supuestos: el del asilado político (art. 3, fracc. III) que se interna en territorio nacional para salvar su vida; el del refugiado, que también se interna en territorio nacional para salvar la vida, pero por causas diferentes, según lo previsto en las convenciones internacionales de las que México es parte, por causa de fuerza mayor (art. 42) y por razones humanitarias; y el del apátrida, que veremos en seguida.

"También la Secretaría podrá autorizar la condición de estancia de visitante por razones humanitarias a los extranjeros que no se ubiquen en los supuestos anteriores, cuando exista una causa humanitaria o de interés público que haga necesaria su internación o regularización en el país, en cuyo caso contarán con permiso para trabajar a cambio de una remuneración." El tercer supuesto es el del apátrida, la persona que carece de nacionalidad y que puede ser considerado susceptible, de recibir la residencia permanente en México.

Es importante destacar que en mismo año de 2011 el Congreso de la Unión aprobó la *ley sobre Refugiados y Protección Complementaria*, en la que se determinan con precisión los derechos de estas personas. De acuerdo con ese concepto, la citada ley establece que se trata de la "protección que la Secretaría de Gobernación otorga al extranjero que no ha sido reconocido como refugiado en los términos de la presente Ley, consistente en no devolverlo al territorio de otro país, donde su vida se vería amenazada o se encontraría en peligro de ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes" (art. 2, fracc- IV). Al tiempo que entró en vigor esta ley se publicó su Reglamento, donde se detalla el apoyo y la ayuda a los refugiados.

VI. ***VISITANTE CON FINES DE ADOPCIÓN***. Autoriza al extranjero vinculado con un proceso de adopción en los Estados Unidos Mexicanos, a permanecer en el país hasta en tanto se dicte la resolución ejecutoriada y en su caso, se inscriba en el registro civil la nueva acta del niño, niña o adolescente adoptado, así como se expida el pasaporte respectivo y todos los trámites necesarios para garantizar la salida del niño, niña o adolescente del país. La expedición de esta autorización solo procederá respecto de ciudadanos de países con los que los Estados Unidos Mexicanos haya suscrito algún convenio en la materia.

Con este tipo de ingreso a México se facilita a los futuros adoptantes los diversos trámites que deben hacer para conseguir la adopción internacional de un menor en nuestro país, con especial énfasis en la documentación del menor para su salida de México, la cual siempre se ha prestado a problemas y dilaciones en la práctica, porque no había una disposición clara en ese sentido.

VII. VII. **RESIDENTE TEMPORAL**. Autoriza al extranjero para permanecer en el país por **un tiempo no mayor a cuatro años,** con la posibilidad de obtener un permiso para trabajar a cambio de una remuneración en el país, sujeto a una oferta de empleo con derecho a entrar y salir del territorio nacional cuantas veces lo desee y con derecho a la preservación de la unidad familiar por lo que podrá ingresar con o solicitar posteriormente la internación de las personas que se señalan a continuación, quienes podrán residir regularmente en territorio nacional por el tiempo que dure el permiso del residente temporal:

a) Hijos del residente temporal y los hijos del cónyuge, concubinario o concubina, siempre y cuando sean niñas, niños y adolescentes y no hayan contraído matrimonio, o se encuentren bajo su tutela o custodia;
b) Cónyuge;
c) Concubinario, concubina o figura equivalente, acreditando dicha situación jurídica conforme a los supuestos que señala la legislación mexicana, y
d) Padre o madre del residente temporal.

Las personas a que se refieren los incisos anteriores serán autorizados para residir regularmente en territorio nacional bajo la condición de estancia de residente temporal, con la posibilidad de obtener un permiso para trabajar a cambio de una remuneración en el país sujeto a una oferta de empleo, y con derecho a entrar y salir del territorio nacional cuantas veces lo deseen.

En el caso de que el residente temporal cuente con una oferta de empleo, se le otorgará permiso para trabajar a cambio de una remuneración en el país, en la actividad relacionada con dicha oferta de empleo.

> Los extranjeros a quienes se les otorgue la condición de estancia de residentes temporales podrán introducir sus bienes muebles, en la forma y términos que determine la legislación aplicable.

Según la fracción que se comenta, el residente temporal podrá ingresar en el país a su familia hasta el segundo grado. Sin embargo, se menciona un supuesto que base interpretar: en su inciso c), se establece que el residente temporal puede internar a su concubina, concubinario o "figura equivalente". Son aplicables supletoriamente los códigos federales y de las entidades federativas; en este caso, si la persona tiene su domicilio en el Distrito Federal, le será aplicable el Código Civil, que en su art. 146 regula el matrimonio e incluye en matrimonio homosexual. En tal caso, la calificación establecida por la ley lo haría asimilable al del "cónyuge del matrimonio". las figuras de unión homosexual que puedan aparecer en el futuro en las legislaciones estatales y que no se equiparen al matrimonio, que puedan entrar, en nuestra opinión, bajo el concepto de *figuras análogas.*

VIII. ***RESIDENTE TEMPORAL ESTUDIANTE***. Autoriza al extranjero para permanecer en el territorio nacional por el tiempo que duren los cursos, estudios, proyectos de investigación o formación que acredite que va a realizar en instituciones educativas pertenecientes al sistema educativo nacional, hasta la obtención del certificado, constancia, diploma, título o grado académico correspondiente, con derecho a entrar y salir del territorio nacional cuantas veces lo desee, con permiso para realizar actividades remuneradas cuando se trate de estudios de nivel superior, posgrado e investigación.

> La autorización de estancia de los estudiantes está sujeta a la presentación por parte del extranjero de la carta de invitación o de aceptación de la institución educativa correspondiente y deberá renovarse anualmente, para lo cual el extranjero acreditará que subsisten las condiciones requeridas para la expedición de la autorización inicial. La autorización para realizar actividades remuneradas se otorgará por el Instituto cuando exista carta de conformidad de la institución educativa correspondiente y estará sujeta a una oferta de trabajo en actividades relacionadas con la materia de sus estudios. El residente temporal estudiante tendrá derecho a entrar y salir del territorio nacional cuantas veces lo desee y contará también con el derecho a la preservación de la unidad familiar, por lo que podrá ingresar con o solicitar posteriormente el ingreso de las personas que se señalan en la fracción anterior.

Aquí encontramos las reglas para los estudiantes que se han establecido desde hace muchos años en México; sin embargo, la regulación que se prevé es ahora más flexible: en esta, como vimos, se sujeta al estudiante, entre otras cosas, a determinadas ausencias del país y a la demostración de buenas calificaciones. *Ahora solo se le pedirá demostrar que los cursos continúan*, así como su renovación.

"**IX *RESIDENTE PERMANENTE***. Autoriza al extranjero para permanecer en el territorio nacional de manera indefinida, con permiso para trabajar a cambio de una remuneración en el país. En la LM se puede acceder a la residencia permanente por diversas vías; sin embargo, hay dos vías que requieren un comentario, a reserva de volver sobre ellas.

La primera se fundamenta en la filosofía contenida en el art. 55 que ya comentamos y que tiene por objeto la unión familiar. Conforme a esta disposición, se parte de la realidad de un sin número de gente que necesita regularizar una estancia indocumentada y que ahora, por razones ya expuestas, se convierte en una realidad que cristaliza en una residencia permanente.

El segundo comentario es sobre un nuevo sistema de acumulación de puntos para obtener la residencia permanente, cuyas bases generales se establecen en el art. 57 y que se detallan en cuanto a su funcionamiento, en el Reglamento de la ley.

Pasemos a revisar cuales son las diferentes vías para adquirir la **residencia permanente** conforme al art. 54 de la ley.

Artículo 54. Se otorgará la condición de residente permanente al extranjero que se ubique en cualquiera de los siguientes supuestos:

I. Por razones de asilo político, reconocimiento de la condición de refugiado y protección complementaria o por la determinación de apátrida, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en esta Ley, su Reglamento y demás disposiciones jurídicas aplicables;

Se trata de los cuatro casos que ya vimos y que se encuentran cubiertos por las disposiciones de protección de la ley. El individuo que se coloque en esos supuestos es una persona que vive en México, y, por tanto, requiere apoyo para ser útil a la sociedad. De ahí su residencia permanente, que le permitirá traer a su familia México y hacer su vida como miles de antiguos refugiados que han sido beneficiados para el país.

El apátrida es un caso diferente y por fortuna en decremento en el mundo. Ya son pocos los casos, quizás los más conocidos son los de los curdos que se encuentran establecidos a lo largo de dos estados (Irak y Turquía y el de los palestinos, que carecen de nacionalidad porque no hay un Estado palestino que se las otorgue). Por lo general un apátrida busca la protección de una nación que se la ofrezca, como México, para obtener el Carnet que en estos casos otorga el Comisariado de las Naciones Unidas para los Refugiados y que tarda mucho tiempo en obtenerse. Si la persona en estas condiciones no lo solicita, podrá vivir toda su vida en México sin que pueda viajar al extranjero, con una ventaja más: al no haber restricción, después de ***cinco años de residencia permanente*** *en el país*, puede solicitar la nacionalidad mexicana por vía ordinaria y obtenerla.

"**II.** Por el derecho a la preservación de la unidad familiar en los supuestos del art. 55 de esta Ley…" Ya nos referimos anteriormente a este principio y el cual establece:

II. Cónyuge, al cual se le concederá la condición de estancia de residente temporal por **dos años**, transcurridos los cuales podrá obtener la condición de estancia de residente permanente, siempre y cuando subsista el vínculo matrimonial;

"III. Que sean jubilados o pensionados que perciban de un gobierno extranjero o de organismos internacionales o de empresas particulares por servicios prestados en el exterior, un ingreso que les permita vivir en el país…" Esta figura existió en nuestra legislación hasta 1974, luego despareció, y ahora ha vuelto a aparecer en la ley. Se trata de comunidades de retirados o jubilados estadounidenses que deciden pasar sus últimos años en México.

"IV. Por decisión del Instituto, conforme al sistema de puntos que al efecto se establezca, en términos del artículo 57 de esta Ley…" Es la disposición relativa al sistema de puntos que usará la Secretaría para mostrar a los extranjeros si ya tienen o cuán cerca están de tener derecho para solicitar la residencia definitiva. El reglamento establece las condiciones para la obtención de esta categoría migratoria.

"V. Porque hayan transcurrido cuatro años desde que el extranjero cuenta con un permiso de residencia temporal…" Es el mismo tiempo que la LGP exige actualmente a los inmigrantes para obtener la residencia definitiva. Es decir, cualquier persona que, amparada por esa categoría migratoria, después de cuatro años se considera que ha demostrado su deseo de vivir e integrarse a la sociedad mexicana.

"VI. Por tener hijos de nacionalidad mexicana por nacimiento, y……" El supuesto que expresa la ley es el mismo para que un extranjero adquiera la nacionalidad mexicana por vía privilegiada y ahora se ha adoptado para el caso de la residencia definitiva, siempre con el objeto de la unión familiar.

"**VII.** Por ser ascendiente o descendiente en línea recta hasta el segundo grado de un mexicano por nacimiento." Este dispositivo es más generoso que el establecido en el supuesto de la fracc. II del art. 30 constitucional, que solo permite la transmisión de la nacionalidad dentro de un parentesco de primer grado (padres), en este dispositivo se amplía hasta los abuelos (segundo grado).

El colofón del artículo en comento dispone: "*Los extranjeros a quienes se les otorgue la condición de estancia de residentes permanentes tendrán la posibilidad de obtener un permiso para trabajar a cambio de una remuneración en el país sujeto a una oferta de empleo, y con derecho a entrar y salir del territorio nacional cuantas veces lo deseen*."

Para concluir con este breve análisis de la LN, nos referiremos al procedimiento administrativo a que tienen derecho los extranjeros para que se les expidan sus visas, resuelva cualquier cuestión relacionada con sus condiciones de estancia en el país y se regule su situación migratoria.

Respecto al procedimiento administrativo, el art. 127 dispone: "*La solicitud de visa deberá presentarla personalmente el extranjero interesado en las oficinas consulares, con excepción de los casos de derecho a la preservación de la unidad familiar, oferta de empleo o razones humanitarias, que podrán tramitar en territorio nacional en los términos establecidos en el art. 41. De esta Ley.*"

Como puede observarse, este procedimiento se dirige exclusivamente a la obtención de visa, tanto el ingreso desde el extranjero como para la regulación de la estancia migratoria del solicitante.

Por su parte, el art. 128 ordena:

Artículo 128. *La autoridad migratoria deberá dictar resolución en los trámites migratorios en un plazo no mayor* ***a veinte días hábiles contados a partir de la fecha*** *en que el solicitante cumpla con todos los requisitos formales exigidos por esta Ley, su Reglamento y demás disposiciones administrativas aplicables. Transcurrido dicho plazo sin que la resolución se dicte, se entenderá que es en sentido negativo.*

Si el particular lo requiere, la autoridad emitirá constancia de tal hecho, dentro de los dos días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de expedición de la referida constancia.

Se trata de un procedimiento sumario que debe resolverse en un tiempo limitado (20 días). Desafortunadamente se incluye aquí la negativa ficta, que siempre operará en contra de los derechos de los extranjeros.

En términos más precisos, la regularización de la situación migratoria de la gran mayoría de los indocumentados que habitan en el país, cuando entro en vigor la LM, no conllevará necesariamente su expulsión y está diseñada para los siguientes casos:

Artículo 132. Los extranjeros tendrán derecho a solicitar la regularización de su situación migratoria, cuando se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

I. Que carezcan de la documentación necesaria para acreditar su situación migratoria regular;

II. Que la documentación con la que acrediten su situación migratoria se encuentre vencida, o

III. **III**. Que hayan dejado de satisfacer los requisitos en virtud de los cuales se les otorgó una determinada condición de estancia.

Las facultades de regularización de la situación migratoria de una persona quedan a cargo del Instituto, conforme a lo dispuesto por el art. 133:

Artículo 133. El Instituto podrá regularizar la situación migratoria de los extranjeros que se ubiquen en territorio nacional y manifiesten su interés de residir de forma temporal o permanente en territorio nacional, siempre y cuando cumplan con los requisitos de esta Ley, su Reglamento y demás disposiciones jurídicas aplicables. La regularización se podrá otorgar concediendo al extranjero la condición de estancia que corresponda conforme a esta Ley.

Con independencia de lo anterior, tienen derecho a la regularización de su situación migratoria los extranjeros que se ubiquen en territorio nacional y se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

I. Acredite ser cónyuge, concubina o concubinario de persona mexicana o de persona extranjera con condición de estancia de residente;

II. Acredite ser padre, madre o hijo, o tener la representación legal o custodia de persona mexicana o extranjera con condición de estancia de residente;

III. Que el extranjero sea identificado por el Instituto o por autoridad competente, como víctima o testigo de algún delito grave cometido en territorio nacional;

IV. Que se trate de personas cuyo grado de vulnerabilidad dificulte o haga imposible su deportación o retorno asistido, y

V. Cuando se trate de niñas, niños y adolescentes que se encuentren sujetos al procedimiento de sustracción y restitución internacional de niños, niñas o adolescentes.

Los casos en que los extranjeros pueden solicitar su regularización migratoria, son:

Artículo 134. Los extranjeros también podrán solicitar la regularización de su situación migratoria, salvo lo dispuesto en el artículo 43 de esta Ley, cuando:

I. Habiendo obtenido autorización para internarse de forma regular al país, hayan excedido el período de estancia inicialmente otorgado, siempre y cuando presenten su solicitud dentro de los sesenta días naturales siguientes al vencimiento del período de estancia autorizado, o

II. **II**. Realicen actividades distintas a las que les permita su condición de estancia.

Para el efecto anterior, deberán cumplir los requisitos que establecen esta Ley, su Reglamento y demás disposiciones jurídicas aplicables.

Finalmente, el trámite para solicitar la regularización migratoria y otras aclaraciones correspondientes está previsto en el art. 135, que a la letra dice:

Artículo 135. Para realizar el trámite de regularización de la situación migratoria, el extranjero deberá cumplir con lo siguiente:

I. Presentar ante el Instituto un escrito por el que solicite la regularización de su situación migratoria, especificando la irregularidad en la que incurrió;

II. Presentar documento oficial que acredite su identidad;

III. Para el caso de que tengan vínculo con mexicano o persona extranjera con residencia regular en territorio nacional, deberán exhibir los documentos que así lo acrediten;

IV. Para el supuesto de que se hayan excedido el período de estancia inicialmente otorgado, deberán presentar el documento migratorio vencido;

V. Acreditar el pago de la multa determinada en esta Ley, y

VI. Los previstos en esta Ley y su Reglamento para la condición de estancia que desea adquirir.

Para concluir esta breve reseña, cabe señalar que la negativa del Instituto en el procedimiento *administrativo podrá ser motivo del derecho de amparo ante la autoridad judicial federal*. Con esto, los derechos de los extranjeros en México serán similares a los de los mexicanos y dejará de existir la amenaza de las autoridades migratorias respecto *de la expulsión arbitraria del extranjero del país*, lo que ha dado lugar a multitud de irregularidades. De ahí que la reforma, formalmente, es un signo claro e inconfundible en favor de los derechos humanos por parte del Estado mexicano.

Veamos ahora algunos aspectos más importantes del **Reglamento de la ley**. Se trata de un documento *espeso* ***de 250 artículos***, muchos de ellos demasiado profusos, por lo que señalaremos en una primera parte la estructura y luego algunos comentarios en torno a los artículos básicos del Reglamento, en la materia que nos interesa.

C. El Reglamento de Migración.

El reglamento inicia con una declaración de principio acorde con la LM, en su art. 1, y establece que sus disposiciones sirven para regular. "*El movimiento internacional de personas; los criterios y requisitos para la expedición de visas; la situación migratoria de las personas extranjeras en el territorio nacional; la protección de los migrantes que transitan por el territorio nacional; el procedimiento administrativo migratorio en las materias de regulación, control y verificación migratoria y el retorno asistido de personas extranjeras*."

Las disposiciones que nos interesan se inician en el título quinto del Reglamento, que se refiere a los "**Criterios, requisitos y procedimientos para la emisión de visas**". A reserva de que el lector pueda consultar directamente al Reglamento en los anexos a esta obra, a continuación, nos limitaremos a señalar solo los aspectos más relevantes para los fines del estudio que nos ocupa:

Se establecen los regímenes para la expedición de visas, el "*ordinario" y el "no ordinario"* (art. 101). El primero será el que delinee la Secretaría de Gobernación en coordinación con la Secretaría de Relaciones Exteriores y cuyos lineamientos sean dados a conocer en el *Diario Oficial de la Federación*. La ventaja que tiene un sistema de este tipo, es la flexibilidad: a partir de parámetros establecidos en la LM y en el Reglamento, se podrá ir modificando criterios de aplicación y operación de la ley.

En el caso del "*no ordinario"*, su manejo se deja totalmente a la discreción de las autoridades por las características especiales de cada caso en particular, pincipalmente cuando se trata de darle un entorno legal a la estancia de personal diplomático o consular en nuestro país.

También se distinguen dos formas de tramitación de visas: *ante la oficina consular* de *México en el extranjero* y ante el *Instituto Mexicano de Migración* (IMM). A Continuación vienen los requisitos para la obtención de visas de las categorías mencionadas en la ley son:

1. Las visas de visitante para realizar actividades remuneradas (10 años) (Art. 103 REGLAMENTO DE LA LEY DE MIGRACIÓN).

2. La visa para actividades sin permiso de remuneración hasta por (180 días) (Art. 104).

3. Las primeras son otorgadas hasta por 180 días (Art. 105).

4. La visa de visitante para realizar trámites de adopción se otorga por 180 días (Art. 106).

5. La visa de residencia temporal a que se refiere la fracc. IV del art. 40 de LM y que se otorga de ciento ochenta días hasta por 4 años (Art. 107).

6. La visa de residente temporal estudiante (Art. 108).

7. La visa de residente permanente que se expedirá a la persona extranjera que pretenda ingresar al territorio nacional con el propósito de residir de manera indefinida en el país (Art. 109).

Se destina el capítulo tercero del Título Quinto a la "Unidad Familiar", lo cual es otro avance importante en la ley. Aquí se describe quienes son las personas a las que se debe de considerar dentro de este concepto, con la finalidad de que se acompañen al individuo que, en calidad de inmigrante temporal o definitivo, se interna en el país; dichas personas lo podrán acompañar y permanecer en territorio nacional el tiempo que requiera quien ha inmigrado.

Es importante la amplitud de la ley al considerar al concubinario como parte de la unidad familiar; pero no deja de sorprender que el Reglamento incursione en una materia que

no le corresponde con la definición de la "figura equivalente al concubinato". Queremos entender que da este paso por *dos razones*: porque la "*figura equivalente" no* está definida en el *Código Civil Federal y* porque trata de orientar al funcionario migratorio acerca de lo que el legislador quiso decir sobre esta figura; así, la define como:

> **Artículo 3**. Para los efectos del presente Reglamento, además de las definiciones previstas en el artículo 3 de la Ley, se entenderá por: …….
>
> **XIII. Figura equivalente al concubinato**: a la relación de un hombre y una mujer libres de matrimonio que viven en común, en forma constante y permanente por el tiempo que establezca la legislación del país que corresponda. No será necesario que la convivencia cumpla con un período, cuando hayan procreado hijos en común.

Las personas extranjeras situación migratoria regular podrán cambiar de condición de estancia; esta medida se dirige principalmente a las personas que se introdujeron en territorio nacional formando parte de la unidad familiar y que, por alguna circunstancia, han decidido o han necesitado cambiar su condición migratoria (art. 141).

Esperemos que los funcionarios migratorios los apliquen con la filosofía de la LN y su reglamento. Estos principios son:

a) La facultad de la Secretaría de Gobernación para emitir disposiciones administrativas de carácter general y temporal, que deben ser publicadas en el *Diario Oficial de la Federación "establecer los supuestos, requisitos, procedimientos aplicables para que el Instituto regularice la situación migratoria de las personas extranjeras que se encuentren en el territorio nacional*" (art. 143), con lo cual se abre un margen muy amplio de discrecionalidad a fin de resolver problemas específicos que siempre se presentan en la práctica.

b) *La posibilidad* de regularizar migratoriamente a una persona que se encuentre dentro del territorio nacional (art. 144) y las condiciones para hacerlo; en la práctica, se llevaba a cabo en ocasiones, pero ahora se hará de acuerdo con los términos que establece el Reglamento.

c) *Para* determinar la calidad de apátrida. Es curioso que, a primera vista, que en Reglamento de la LM establezca las condiciones para que la autoridad determine la calidad de apátrida de una persona, cuando esa función está reservada a la Secretaría de Relaciones Exteriores (art. 149). Esta disposición establece en su párrafo 2: "*Se considerará que una persona extranjera no tiene nacionalidad efectiva, cuando la representación consular manifieste la imposibilidad de autorizar el ingreso de dicha persona a su territorio*."

Como se puede observar, en realidad es la oficina consular, a cargo de la Secretaría de Relaciones Exteriores, la primera en determinar que esa persona, en virtud de no poseer una nacionalidad, es decir, de ser apátrida, no puede ingresar a territorio nacional. Pero este es un principio que no será tomado en cuenta si el individuo corre peligro en su libertad o persona, en cuyo caso podrá ser admitido.

d) El capítulo cuarto define con toda claridad cuáles son los documentos que se requieren para tramitar la visa correspondiente de acuerdo con la condición de estancia respectiva (arts. 152 y 55). En ese sentido, se define lo que debe de considerarse por "***documento migratorio"*** *(art. 152, último párrafo),* condición de visitante regional (art. 154), trabajador fronterizo (art. 155) tarjeta de residente temporal (art. 156) y tarjeta de residente permanente (art. 157).

En los artículos subsecuentes se definen las características de trabajo y los avisos de cambio del estado civil, domicilio, actividad o nacionalidad (capítulo quinto), y en el título séptimo se establecen las regulaciones para la protección de los migrantes que transitan por territorio nacional, misma que es amplia y variada y que por su detalle ya no abordaremos en esta primera aproximación que hacemos de la LM y de su Reglamento.

SE DECRETA UNA SUSPENSIÓN. DE REVISIÓN. SOBRE ARTICULADOSSSSSSS

Regulación migratoria derivada de los tratados comerciales.

Con la entrada en vigor del *Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) (Ahora TEC—MEC)* se inició una reglamentación migratoria especial para "*la entrada temporal de personas de negocios*", como se titula el capítulo XVI de ese tratado. Una regulación parecida también se ha aplicado para nacionales o residentes de los Estados parte en los otros acuerdos comerciales que México ha ratificado.

Los países parte del TLCAN (T—MEC) se obligan a "***facilitar"*** la entrada temporal a sus respectivos territorios a personas de negocios nacionales o residentes que procedan de alguno de esos mismos Estados. También se obligan a mantener una regulación "***transparente"*** en este sector de su política migratoria y a que su gestión se fundamente en principios de reciprocidad. El artículo **[**1601**]** del TLCAN establece los límites de esta "***facilitación"*** migratoria en tres casos generales para: garantizar la seguridad de las fronteras, proteger el trabajo de sus nacionales y proteger el empleo.

Se trata, en los dos últimos casos, de conceptos afines pero que tienen una connotación diferente. En el caso de la protección del trabajo se hace referencia a la tasa de desempleo, que no debe incrementarse con el ingreso de extranjeros. En cambio, la

protección del empleo alude a una tasa de ocupación que puede ser afectada si se pone en práctica una política de apertura respecto al ingreso de extranjeros a México en materia de negocios, quienes eventualmente podrían desplazar de su empleo a mexicanos o residentes extranjeros en el país.

Existen otras limitaciones generales: razones de salud, seguridad pública y seguridad nacional, que como las anteriores quedan en principio sujetas a la libre determinación de cada parte contratante, pero con la debida justificación de sus decisiones a las otras partes en los acuerdos, decisiones algunas que pueden ser sujetas a debate **[**art.1603 **].**

En el **[** art. 1602**]** con las salvedades ya expresadas, se vincula la aplicación de las disposiciones en materia migratoria a la necesaria fluidez del comercio de bienes y servicios, objetivo al que se han comprometido las partes contratantes en el (T—MEC). Es decir, por primera vez México vincula su política en materia migratoria al fomento del comercio, para lo cual acepta incluso que su política sea supervisada por un grupo de trabajo internacional y, en caso de conflicto, se resuelvan las diferencias por medio de un panel internacional **[** art. 1606**],** que eventualmente podría modificar la política establecida por el gobierno mexicano, como veremos enseguida. Este hecho significa un giro muy importante, ya que con anterioridad la política migratoria era un ámbito exclusivo de la Secretaría de Gobernación y se le consideraba dentro de las decisiones relacionadas con la Soberanía y la seguridad nacionales, en cuya interpretación la Secretaría de Gobernación se destaco por su severidad en décadas pasadas.

Esta cesión de parte del gobierno mexicano se aplica en el contexto más amplio de la promoción del comercio son los socios del TLCAN, (T—MEC) por considerar que el comercio está vinculado al desarrollo del país, que es hoy la prioridad nacional y, al mismo tiempo, porque el gobierno mexicano entiende que para facilitar el comercio hay que facilitar el tránsito de personas que lo realizan.

Vinculados con esa nueva política migratoria por parte del gobierno mexicano, además de la "*transparencia*" a que México queda obligado en la ejecución de esta política y que ya mencionamos, los **[** arts. 1604, 1605 y 1606**]** obligan también a los Estados parte en el Tratado a mantener informadas a las partes de la política que lleven a cabo, elaborar un "*documento consolidado"* que explique las reglas por aplicar, constituir un grupo de trabajo que administre la aplicación de las reglas del capítulo y participar en el panel de solución de controversias del capítulo XX, para dirimir diferencias suscitadas por la aplicación de las políticas migratorias.

Las partes contratantes se comprometen también a "*desarrollar y adoptar criterios, definiciones e interpretaciones"* comunes en la materia; es decir, llevar a cabo un proceso de derecho uniforme, en materia migratoria, lo que eventualmente debe llevar a los países parte a contar con reglas comunes, o reglas uniformes, al menos por lo

que se refiere a la regulación migratoria de las personas de negocios, que con seguridad luego se irá extendiendo a otro tipo de actividades.

De acuerdo con el **[**art.1603**]** , se puede negar el ingreso en el territorio nacional a las personas de negocios cuya entrada afecte desfavorablemente la solución de cualquier conflicto laboral que exista en el lugar donde estén empleadas o vayan a emplearse las personas, o cuando se trate de alguien que pueda intervenir en el conflicto. Sin embargo, esta medida debe ser justificada, por lo que "*notificará sin demora y por escrito las razones de la negativa a la parte a cuyo nacional se niega la entrada",* a lo cual la parte notificada puede inconformarse y, si no se llega a algún acuerdo, dirimir su diferendo en el plano del *grupo de trabajo o panel.*

Conforme al **[** art. 1603**]** la entrada temporal de personas de negocios se divide en cuatro categorías:

1. **Visitantes de negocios.** Se trata de las personas a las que se refiere el anexo 1603 A.1 y cuyas actividades se dirigen a alguno de los siguientes rubros: investigación y diseño, cultivo, manufactura y producción, comercialización, ventas, distribución, servicios posteriores a la venta, servicios generales.
2. **Comerciantes e inversionistas.** Esta categoría se refiere a las personas que llevan a cabo un intercambio comercial cuantioso, como dice el tratado, de bienes o servicios. También pueden ser quienes ingresan al territorio de la otra parte *para establecer, desarrollar, administrar o prestar asesoría o servicios técnicos* "*clave"*, en funciones de supervisión, ejecutivas o que conlleven "*habilidades esenciales*" para realizar o administrar una inversión.
3. **Transferencias de personal dentro de la empresa, subsidiarias o filiales.**

4. **Profesionales.** En esta categoría se autorizará el ingreso de personas con grados académicos que las certifiquen para el ejercicio de una profesión. Sin embargo, en la práctica el ejercicio de las profesiones está condicionado, en cada especialidad, a que las personas sean autorizadas en cada Estado parte del Tratado para el ejercicio de su profesión.

Capítulo 4. Régimen de la Propiedad Inmueble y de las Inversiones del Extranjero en México.

4.1 Antecedentes

El régimen de la propiedad inmueble y de las inversiones del extranjero en México requiere una breve exposición de sus antecedentes para su cabal comprensión. No hay que olvidar que la manera en que los gobiernos han regulado la inversión ha dependido y depende de los momentos por los que ha atravesado México. *Primero,* las agresiones imperiales en el siglo XIX a partir del siglo XX la definición de políticas que pendularon del gobierno liberal del general Porfirio Díaz a la de los gobiernos revolucionarios, que siempre reivindicaron una postura nacionalista frente a la inversión extranjera.

La primera política definida de un gobierno mexicano frente a la propiedad inmueble y las inversiones de los extranjeros en México se encuentra durante el régimen del presidente Porfirio Díaz (1876 - 1911). Continuador de la ideología liberal mexicana de a mediados del siglo XIX, consideró que una de las vías para llevar a cabo el desarrollo del país y modernizarlo era abrir la economía a la participación de los inversionistas extranjeros, ya que este capital compensaría la falta de recursos para lograr su objetivo económico.

Puede observarse un cambio radical en la posición de los gobiernos mexicanos a partir de la Revolución. Las causas que influyeron en dicho cambio son diversas, pero *destacan dos*: el discurso de algunos de los grupos revolucionarios que más tarde se reflejó en la Constitución Política de 1917 era de carácter nacionalista, ideología a la cual se debieron conformar los gobiernos de los primeros caudillos, pero sobre todo esa actitud se vio influida por las presiones de gobiernos extranjeros (Estados Unidos principalmente y algunos europeos) que *reclamaban a esos caudillos compensaciones para sus nacionales por los daños sufridos en sus bienes, personas e inversiones con motivo de la guerra revolucionaria*. Por consiguiente, los sistemas político y jurídico se cerraron de manera considerable. En este último es discernible con relativa claridad un régimen territorialista, con una significativa dosis de rechazo hacia las relaciones jurídicas con inversionistas extranjeros en México.

La actitud de reticencia respecto al capital extranjero se agravó, entre otras, por las siguientes razones: la política nacionalista de unidad nacional que puso en práctica el gobierno del presidente Lázaro Cárdenas (1934-1940), pero de manera específica las presiones internacionales a que se vio sometido ese *gobierno con motivo de la expropiación de bienes petroleros de compañías extranjeras*. Las reclamaciones por esa causa no pasaron a mayores porque pocos años después dio inicio la Segunda Guerra Mundial y el interés de los gobiernos aliados se centró en el suministro de materias primas, especialmente petróleo, sin embargo, estos acontecimientos dejaron una actitud contraria a todo lo que proviniera del exterior.

Durante la administración del presidente Manuel Ávila Camacho (1940-1946), México se integró como país beligerante en la Segunda Guerra Mundial, y por esa razón el gobierno recibió de parte del Congreso de la Unión poderes extraordinarios que, en el tema que nos ocupa, empleó para establecer por primera vez un marco regulatorio con

base en el cual se expidieron las reglas para la inversión extranjera en diversos sectores de la actividad económica nacional.

Una vez concluida la guerra y después del último régimen verdaderamente posrevolucionario el del general Cárdenas, vinieron otros gobiernos emanados del partido político hegemónico que se ampararon durante más de 40 años en un discurso nacionalista (1940-1982), el cual, por su demagogia, poco tuvo que ver con los ideales consagrados en la Constitución de 1917, pero en los hechos propició una alta concentración del poder político en manos del presidente en turno. A esto último favoreció la adopción de una política económica basada en la sustitución de importaciones que, bajo diferentes nombres, fue ejercida hasta 1986. Esta política económica permitió mantener cerrado el país hacia el exterior y en muchos sentidos afectó desfavorablemente la inversión extranjera en México, aunque por otro lado la inversión extranjera ya establecida en México,—a pesar de ser relativamente poca-- se benefició con un mercado cautivo.

El gobierno del presidente Luis Echeverría (1970-1976, con un discurso nacionalista decadente y acendradamente tercermundista, expidió la primera *Ley de Inversiones Extranjeras*, con una regulación exagerada que limitó en muchos aspectos ese tipo de inversiones precisamente cuando el país requería un mayor número de divisas para compensar el bajo nivel de ahorro interno para su desarrollo económico. Limitada así la inversión extranjera directa, se intentó compensar el desequilibrio en el ingreso de divisas y de recursos para inversión mediante préstamos gubernamentales internacionales que debido a la mala administración, el incremento de la burocracia y a la corrupción, además de endeudar al país en grados nunca antes vistos, provocó el inicio de una serie de crisis económicas cíclicas hasta el punto en que en 1986 se debió abandonar el modelo de política económica aplicado hasta entonces.

Con el gobierno del presidente Miguel de la Madrid (1982-1988), en medio de crisis económicas cada vez más profundas, se tomó la decisión de abrir la economía mexicana hacia el exterior, lo cual se logró en 1986 con la adhesión de México al Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio, y dio inicio una gran transformación en los sistemas económico, político y jurídico que aún persiste. En este tránsito hacía un nuevo modelo, el gobierno del presidente Carlos Salinas (1988—1994) tomó la decisión de negociar con Estados Unidos de América y Canadá el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, (T—MEC) que, a partir de 1994, cuando entró en vigor, modifico sensiblemente el marco jurídico a favor de la inversión extranjera y de la propiedad inmueble del extranjero en México. El presidente Ernesto Zedillo (1994-2000) impulsó la firma de los acuerdos bilaterales para la promoción y protección de las inversiones, conocidas como APPRI.

Principales disposiciones que han estado y están en vigor para regular al régimen de propiedad inmueble del extranjero en México:

- *Ley de Extranjería y Naturalización de 1886.*
- *Artículo 27 Constitucional, fracc. I (1917). Ley Orgánica de la Fracción I del Art. 27 Constitucional (1926) y su Reglamento.*
- *Decreto del 29 de junio de 1944.*
- *Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera (1973) y sus Reglamentos.*
- *Ley de Inversión Extranjera (1993) y sus reformas de 1996*
- *El TLCAN (ahora T-MEC).*
- *APPRI*

Salvo el art. 27 constitucional y la ley de 1993, todas disposiciones anteriores han sido derogadas.

4.2 El régimen de la propiedad inmueble del extranjero en México.

Dicha regulación se inició –de manera insuficiente− en 1843. Sin embargo, a partir de 1886, con la Ley de Extranjería y Naturalización, se estableció por primera vez, aunque de modo exiguo, un régimen jurídico para el extranjero en México

El régimen actual se inicia en la Constitución de 1917, principalmente en el art. 27, en el que se establece una serie de disposiciones que limitan la propiedad inmueble del extranjero. En la fracc. I del artículo citado se determina:

I. "*Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas".*

De dicha norma se desprende que el Estado mexicano puede otorgar a extranjeros el dominio *sobre tierras, aguas y sus accesiones,* y que les podrá otorgar concesiones sobre los citados bienes. El otorgamiento a los extranjeros del dominio o concesiones sobre los referidos bienes estará sujeto a que aquellos convengan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse nacionales respecto de dichos bienes; que no invocarán, por lo que atañe a esos bienes, la protección diplomática de sus gobiernos; en caso contrario, los perderán en beneficio de la nación (Cláusula Calvo), y dentro de una zona de 100 kilómetros a lo largo de las fronteras, y de 50 en las playas, les queda absolutamente prohibido adquirir el dominio directo sobre los citados bienes (zona restringida).

De acuerdo con lo dispuesto en la fracc. I del art. 27 constitucional, los extranjeros carecen de la capacidad para adquirir el dominio directo de tierras y aguas dentro de la zona restringida y, en consecuencia, tampoco podrán formar parte de las sociedades mexicanas que adquieren bienes en dicha franja.

En cuanto a las fronteras, principalmente la del norte, se procura evitar lo sucedido en 1846-1848, cuando por medio de asentamientos humanos en la frontera se contribuyó a la pérdida más de la mitad del territorio nacional. Por lo que se refiere a las costas mexicanas, se pretendió prevenir posibles invasiones. De acuerdo con José Luis Siqueiros, "*estas prohibiciones, justificadas plenamente en su época, resultan anacrónicas en la actualidad*".

El 29 de marzo de 1926 engtro en vigor en vigor el *Reglamento de la Ley Orgánica de la Fracción I del Art. 27 Constitucional, con 18 articulos dispositivos y dos transitorios (ya derogado). En lo que concierne al decrato 29 de junio de 1944 (también derogado), en esa época, como ya se mencionó en esa se* otorgaron facultades extraordinarias al jefe del Poder ejecutivo, quien a su vez expidió el decreto que nos ocupa, mediante el cual se requería el permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para que todo extranjero o sociedad mexicana en la que participara este pudiera adquirir bienes inmuebles o concesiones de minas, agua o combustibles. Por decreto de 28 de septiembre de 1945. Se restablecieron las garantías individuales y se declararon sin efecto los decretos dictados durante el periodo extraordinario que vivió México, aunque por excepción se dejaron vigentes las disposiciones relacionadas con la intervención del Estado en la vida económica del país. Mediante una extensiva interpretación, la Secretaría de Relaciones Exteriores ha estimado que el decreto del 29 de junio de 1944 ha seguido ejerciendo las facultades que le fueron otorgadas.

Por su parte, el art, 66 de la antigua LGP hacia alusión a la propiedad inmueble del extranjero al establecer: «Los extranjeros independientemente de su calidad migratoria, por si o mediante apoderado, podrán, sin que para ello requieran permiso de la Secretaría de Gobernación… adquirir bienes inmuebles urbanos y derechos reales sobre los mismos, con las restricciones en el art. 27 Constitucional…»

Se trata de una disposición de apertura que significó una modificación a la LGP, (17 de agosto de 1990) pero que, sin embargo, termina con un párrafo en el que establece la única limitación menor a los extranjeros, que es el caso del "*extranjero transmigrante, quien por su propia característica migratoria en ningún caso estará facultado para adquirir los bienes a que se refiere este mismo precepto legal*". Afortunadamente con la LM estas y otras restricciones a la actividad y propiedades del extranjero en México han desaparecido.

4.3 Algunas cuestiones relativas al régimen de las inversiones extranjeras.

Antecedentes de la inversión extranjera directa.

La entrada del capital extranjero se inicia en el siglo XIX, cuando los países de la Revolución Industrial requerían la expansión de su comercio. Con ese propósito se establecieron sociedades o empresas en territorios extranjeros en los que hubiera abundante materia prima y, por lo general, mano de obra más barata, además de abrir nuevos mercados. Este tipo de actividad resultó provechosa para los países exportadores de maquinaria y equipo e importadores de materia prima, y al mismo tiempo fue la forma de estructurar el comercio mundial con una posición de predominio. Es ampliamente conocido que la manera de desarrollar ese tipo de inversión dio como resultado, además de beneficios económicos, situaciones de marcado con predominio político. Un ejemplo de lo anterior ocurrió en México con el reconocimiento del gobierno de Álvaro Obregón (1923), principalmente por parte de Estados Unidos de América, el cual fue condicionado, entre otras cosas, a que no se diera efectos retroactivos a las disposiciones establecidas en el art. 27 constitucional que afectaran las propiedades de los extranjeros en México. Igualmente, la presión política internacional a que fue sometido el gobierno de Lázaro Cárdenas durante 1938-1939, con motivo de la expropiación petrolera.

Se trata de un tema que, por su propia naturaleza, implica el tratamiento de cuestiones de orden económico, político, social y jurídico. A estas últimas se hará referencia en esta sección, no sin antes hacer una consideración previa.

Durante mucho tiempo, el tema de las inversiones extranjeras se sometió a un amplio debate en el sentido de si estas eran o no convenientes para México. Sin dejar de reconocer las importantes ideas que se vertieron durante esa época, en la actualidad y frente a la existencia de una considerable inversión extranjera directa en el territorio nacional, lo más adecuado es saber cómo se regula y, si fuera necesario, proponer la manera de hacerlo, de modo que no afecte al país y este pueda obtener el mayor

provecho de ella, pero también los derechos de los inversionistas queden asegurados. Si echamos un vistazo a la realidad que nos rodea, podremos ver que se ha desatado una intensa competencia entre los países para captar inversión extranjera directa, generalmente entre las naciones en desarrollo. La inversión extranjera es un aliado para enfrentar los procesos de globalización e integración económica; de esta manera, junto al ahorro interno, generación de empleos y nuevas tecnologías, se crea un ambiente de libre competencia que impulsa el desarrollo. La inversión extranjera es un aliado para enfrentar los procesos de globalización e integración económica; de esta manera, junto al ahorro interno, generación de empleos y nuevas tecnologías, se crea un ambiente de libre competencia que impulsa el desarrollo.

Sociedades Extranjeras en México.

El criterio de los tribunales mexicanos desde 1929—época en que la inversión extranjera empezó a regresar a nuestro país después de la Revolución—consistió en reconocer personalidad jurídica únicamente a las sociedades registradas en México. En lo que atañe a las sociedades extranjeras, en el caso *palma y Oliva* la Suprema Corte de Justicia desconoció personalidad a la empresa Palmolive por no estar registrada en México. El principio de "*la nada jurídica*" en el que según la Suprema Corte se encontraba dicha sociedad fue motivo de broma entre los abogados postulantes de esa época.

Con las leyes generales de sociedades de seguros y más tarde con las sociedades mercantiles, en 1926 y 1932, respectivamente empezó a reconocer la personalidad de este tipo de sociedades. Más tarde en diferentes tesis de la Suprema Corte de Justicia se reconoció personalidad a las sociedades extranjeras que, sin estar registradas en México por lo menos hubieran desarrollado actos esporádicos de comercio en el país, no fue sino hasta 1995 cuando se les, reconoció expresamente plena capacidad a este tipo de sociedades, sin que fuera requisito previo su registro.

Actualmente los requisitos para el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades extranjeras varían según se trate de una sociedad que emprenda la defensa de sus intereses ante los tribunales mexicanos o de una sociedad que desarrolle actividades en territorio nacional. En el primer caso, el art. 2°, párrafo 2, de la *Ley General de Sociedades Mercantiles* establece: "*Las sociedades no inscritas en el Registro Público de Comercio* que se hayan exteriorizado como tales frente a terceros, consten o no en escritura pública, tendrá personalidad jurídica.

En el **segundo** caso, conforme al art. 25 del *Código de Comercio,* tendrán que cumplir además los requisitos que se señalan a continuación:

> ***a)*** Presentarán y anotarán en el Registro Público de Comercio el testimonio de la protocolización de sus estatutos, contratos y demás

documentos referentes a su constitución, así como el inventario o último balance, si lo tuvieren.

b) Un certificado de estar constituidas y autorizadas con arreglo a las leyes del país respectivo y debidamente legalizados (lo que ahora puede ser sustituido por la *"Apostilla"*). Con esta disposición se toman en cuenta ***dos criterios***: no se requiere registro para reconocer en México personalidad jurídica a cualquier sociedad extranjera: será suficiente que se haya "exteriorizado" frente a terceros, y como la disposición no define dicha "***exteriorización"***, esta puede haberse hecho dentro de territorio nacional o fuera. Bastará que quien represente el interés de dichas sociedades así lo demuestre. Este criterio fue confirmado tiempo después con las reformas al entonces *Código Civil para el Distrito Federal de 1987, que es* casi idéntico al *Código Civil Federal* y aplicable supletoriamente en materias de orden federal, como el comercio. En este *Código*, entre la lista de "*personas morales*" que distingue se encuentran "*las personas morales extranjeras de naturaleza privada*", que en los términos del 2736 se refiere a los contratos de sociedad donde se establecen tres principios.

1. *La existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades extranjeras se rigen por la ley del lugar de su constitución (regla de conflicto).*
2. *El reconocimiento de la capacidad de este tipo de sociedades se hará dentro de los límites del derecho conforme el cual se constituyeron.*
3. *Cuando este tipo de sociedades actué por medio de un representante en México, se considera que ese representante o quien lo sustituya está autorizado para responder de reclamaciones y demandas que se intenten en su contra.*

c) Cuando las sociedades extranjeras pretendan desarrollar actividades en México, la legislación mexicana establece ***dos principios***:

1. Que se encuentren legalmente constituidas en el extranjero y lo comprueben.
2. Que obtengan la autorización correspondiente, ya sea de la Secretaría de *Relaciones Exteriores*, si se trata de asociaciones o sociedades civiles, o de la *Secretaría de Comercio*, para actividades comerciales, así como su inscripción (en el Registro Público de Comercio) para el caso de sociedades mercantiles (*Código Federal, art. 2736; Código de Comercio, arts. 3°, fracc. III, 15 y 24 y la Ley General de Sociedades Mercantiles, arts. 250 y 251).*

En este último supuesto cabe señalar ***dos aspectos importantes***: ***que la asociación o la sociedad se haya constituido de conformidad con una ley extranjera*****,** ***la que determina sus requisitos de forma y de fondo****;* es decir, que la legalidad se definirá conforme a la regla de conflicto establecida por el art. 2736, párrafo 1, que ya mencionamos, y que consiste en que para determinar esa legalidad societaria el juez

mexicano aplique el derecho extranjero del lugar de constitución de esa sociedad. Se trata de un caso de aplicación de una ley extranjera en México, incluso por autoridades administrativas, como las Secretarías de Relaciones Exteriores o de Economía, que llevaran a cabo la verificación correspondiente conforme a la ley extranjera y no de acuerdo con una ley mexicana (pues esta última las ha remitido a la consulta de aquella).

Por otro lado**,** en la autorización correspondiente (y su registro en el caso de las sociedades mercantiles) se tratará del cumplimiento de una norma jurídica mexicana, es decir, una vez que se compruebe la legalidad otorgada al acto (constitución de la sociedad) por una norma jurídica extranjera, las citadas autoridades procederán al registro de la sociedad. Este último podría ser el caso del registro en México de una sucursal de la sociedad extranjera, a partir del cual esta pueda desarrollar sus actividades comerciales en el país.

En la práctica, sin embargo, las sociedades extranjeras suelen constituir una sociedad mexicana que jurídicamente es independiente de ellas, y una vez constituida estas participan en su capital, ya sea suscribiendo la totalidad de este o el porcentaje que les permita la ley. La ventaja de un proceder de esta naturaleza consiste en que por esa vía tienen un mayor ámbito de acción de gestión en el país y pueden ser sujetos de crédito.

Ante el fenómeno de la inversión extranjera, el gobierno mexicano ha asumido jurídicamente cuatro actitudes definidas en diferentes épocas:

> **1.-** *De tipo casuístico, conforme a la cual resolvió los casos que se le fueron presentando y, a la postre, integró un cuerpo legislativo (1940).*
>
> **2.**- *La regulatoria, que pretendió dos objetivos: someter la inversión extranjera—al menos en lo fundamental--a reglas que se adecuaran al desarrollo económico y social del país y tratar de prever en una ley la mayoría de las hipótesis posibles (1973)*.
>
> **3.-** *La liberal, producto de una experiencia de 15 años de aplicar la ley y de seis largos años de crisis económicas. (1988).*
>
> **4.-** *La actitud de apertura (1993).*

De acuerdi con José Luis Siqueiros, en la primera etapa antes mencionada se siguieron **dos criterios** respecto a la inversión extranjera.

1. *Apego a la estructura legal mexicana.*
2. *Adaptación de dicha inversión al medio social mexicana.*

De esta manera, las disposiciones legales se basaron principalmente en consideraciones empíricas que, con el tiempo constituyeron un verdadero cuerpo

legislativo. Las Principales disposiciones legales de esa época se detallan a continuación:

- ✓ *Ley Orgánica de la Fracción I del Art. 27 Const. (1926) y su Reglamento ya derogados. Esta fue una disposición de gran importancia en México para regular la propiedad de los extranjeros. En ella se reguló la propiedad dentro de la zona restringida para el extranjero persona física o por medio de sociedades mexicanas. Esta disposición fue derogada con la nueva ley en la materia (1993).*
- ✓ Decreto del 29 de junio de 1944, *ya derogado. Con este decreto se dotó al presidente de la República con facultades extraordinarias, entre las que ejercitó las de regulación de la propiedad del extranjero en México. Resolución presidencial del 23 de junio de 1947, que con el fin de ejecutar el decreto mencionado creó la Comisión Mixta Intersecretarial, encargada de coordinar las inversiones mexicanas y extranjeras.*

Posteriores a las normas generales dictadas por la Comisión Mixta Intersecretarial, el Poder Ejecutivo emitió otras disposiciones hoy derogadas, entre las que cabe destacar:

- Decreto del 2 de julio de 1970, mediante el cual se estableció 49% de inversión extranjera, como máximo en el capital de sociedades en *los campos de la siderurgia, cemento, vidrio, fertilizantes, celulosa y aluminio*.
- Decreto del 30 de abril de 1971, por el que se autorizó a la Secretaría de Relaciones Exteriores a otorgar permisos a las instituciones nacionales de crédito y a adquirir, como fiduciarias, el dominio de bienes inmuebles destinados a la realización de actividades industriales o turísticas dentro de zonas restringidas.

Este concepto de fideicomiso fue recogido posteriormente en las sucesivas leyes de inversiones extranjeras.

- Decreto presidencial del 2 de octubre de 1970, por el que se estableció 49% de inversión extranjera, como máximo, en el capital de sociedades de los campos de la ***siderurgia, cemento, vidrio, fertilizantes, celulosa y aluminio.***
- Decreto presidencial del 30 de abril de 1971, por el que se autorizó a la Secretaría de Relaciones Exteriores a otorgar permisos a las instituciones nacionales de crédito. Y a adquirir, como fiduciarias, el dominio de bienes inmuebles destinados a la realización de actividades industriales o túristicas dentro de las zonas restringuidas.

Independientemente de las disposiciones dictadas por la Comisión Mixta Intersecretarial y las emitidas por el Poder Ejecutivo antes mencionadas, se expidió una

serie de leyes que restringen la participación de la inversión extranjera en varios sectores:

- *Ley de Vías Generales de Comunicación*, del 19 de febrero 1940, que establece únicamente para mexicanos el derecho de obtener concesiones por parte del Estado para la construcción o explotación de este tipo de vías. (art. 12)
- *La ley reglamentaria del artículo 27 Constitucional en el ramo del Petróleo,* del 29 de noviembre de 1958, en la que se reserva a la nación el dominio directo de todos los hidrocarburos que se encuentren en el territorio nacional (art. 1°).
- Con fecha del 30 de diciembre de 1956 se expidió un decreto, por el cual se modificaron varias leyes: *Ley General de Instituciones de Seguros, Ley General de Instituciones de Crédito, Ley Federal de instituciones de finanzas y Ley Sociedades de Inversión*, a fin de prohibir la participación de la inversión extranjera en las sociedades a que dichas leyes se refieren. (Actualmente la participación de capitales extranjeros se ha vuelto a abrir en estas sociedades.)
- *El reglamento de La Ley Reglamentaria del artículo 27 Constitucional en el ramo del Petróleo en Materia de Petroquímica,* del 9 de febrero de 1971, en el que se reserva la elaboración de productos en la industria petroquímica secundaria para el Estado o para sociedades integradas únicamente por mexicanos (art. 3°).

En la segunda etapa, llamada *regulatoria,* que se inició el 9 de marzo de 1973 con la expedición de la *Ley para Promover la inversión mexicana y Regular la Inversión Extranjera,* las ideas rectoras fueron manifestadas un año después por el entonces subsecretario de Industria y Comercio, y luego vertidas en la exposición de motivos de la ley. Se trató de la primera definición importante del gobierno frente a la inversión extranjera, pero desafortunadamente imponiéndole una excesiva regulación.

De esta manera, se dijo que la inversión extranjera puede ser aceptada en México siempre que:

- *Sea complementaria del capital.*
- *Se oriente preferentemente a nuevos campos de actividades o al establecimiento de nuevas industrias.*
- *Se asocie con el capital mexicano en porcentaje minoritario.*
- *Tienda a la ocupación de técnicos y personal administrativo de la nacionalidad mexicana.*
- *Genere nuevos empleos y propenda al desarrollo regional equilibrado.*
- *Aporte tecnología avanzada, pero teniendo en cuenta siempre las necesidades reales del país.*

Esta regulación, que luego se tradujo en intrincadas reglas, trámites y autorizaciones administrativas, desalentó a la inversión extranjera en un periodo en el que hubiera convenido mucho para el desarrollo económico del país. La inversión extranjera en aquella época se desplazó a otras zonas así, Taiwán, Hong Kong y muchos otros Estados de Asia, hoy potencias económicas, son un ejemplo de la oportunidad que perdimos. Se trataba, como hemos mencionado, de un discurso nacionalista del gobierno mexicano desfasado de la realidad cambiante en el mundo, sobre todo por el desconocimiento de los principios básicos de la economía, que indican que cualquier inversionista irá adonde su inversión sea más redituable, y para lograrlo debe partir de su estructura de costo—beneficio. Si ese inversionista se encuentra con un ambiente sobrerregulado, su costo será mayor, y eso fue precisamente lo que hicieron los gobiernos en una época en la que México requeria esa inversión para su crecimiento. Si hubiera sucedido así, quizá el número de marginados de la economía hoy sería menor.

El régimen del presidente Miguel de la Madrid fue el primer gobierno de transición hacia la modernidad. México se adhirió al GATT en (1986) y con esa decisión se obligó a la apertura de su economía. El presidente Carlos Salinas asumió el poder con una postura de franca apertura a la inversión extranjera. Esa era una de las formas más inmediatas para el ingreso de divisas que requería México a fin de retomar su desarrollo.

Por lo que Carlos Salinas expidió un reglamento, que modifico en muchos sentidos la ley. Ciertamente, se trató de un procedimiento poco ortodoxo, pero fue el primer gran paso de apertura.

Con el Reglamento de 1988, como se acaba de mencionar, se modificó sustancialmente la *Ley de Inversión Extranjera (LIE) y al* margen de las certeras críticas sobre la inconstitucionalidad del Reglamento que en su momento fueron hechas, lo relevante es que dejo claro que el gobierno mexicano había cambiado radicalmente de actitud ante la inversión extranjera.

Los principales cambios llevados a cabo en el *Reglamento* fueron recogidos más tarde y, mediante modificaciones, introducidos en la *Ley de Inversión Extranjera* de 1993, Dichos cambios, al menos lo más trascendentes son los que se detallan en seguida.

Como objetivo**,** se establece que las reglas de la LIE son para canalizar *la inversión extranjera hacia el país y propiciar que esta contribuya al desarrollo nacional (art. 1°).* Se trata de un objetivo amplio en el que la inversión extranjera se plantea ya no complementaria del capital nacional, sino participe del desarrollo nacional.

Del objetivo anterior se deriva el principio general, en el sentido de que la LIE puede participar en cualquier proporción en el capital de la empresa, adquirir activos, ingresar

en nuevos campos de productos y, en general, llevar a cabo todo tipo de actividades (art. 4°).

La LIE, al igual que en el pasado, establece lo que considera áreas reservadas y las divide en dos tipos:

1. *Reservadas al Estado (que se encuentran definidas en el art. 28 Constitucional).*
2. *Reservadas a mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusulas de exclusión de extranjeros.*

Las *primeras* son las áreas tradicionales que están reservadas al Estado en el ámbito constitucional; ***las segundas****,* en parte son también las áreas que tradicionalmente han estado reservadas desde 1947 (capítulo II, LIE) a las que se añade la prestación de servicios profesionales. Esta última quizá sea una posición más estratégica que jurídica. En efecto la prestación de servicios profesionales por extranjeros con legal residencia en el país está amparada por el art. 5° constitucional y regulada por la reglamentación que permite el ejercicio de ciertas profesiones con la cédula profesional. Sin embargo, la reserva de la LIE seguramente fue con el fin de negociar diversos acuerdos de libre comercio y definir qué profesiones se permitirán y cuáles no para los nacionales o residentes de los países con los que México haya celebrado esos tratados.

En el capítulo III de la LIE, "*De las actividades y adquisiciones con regulación específica*", se enuncia una amplia lista en la que se establecen los porcentajes en los cuales podrá participar la LIE. Aquí son importantes *dos cuestiones*: se permite la participación de la LIE hasta 25% y 30% en actividades en las que estaba vedada dicha inversión, *como el transporte, instituciones de crédito, casas de bolsa y sociedades controladoras de agrupaciones financieras;* sin embargo, hoy en día la inversión extranjera en estos casos ha quedado totalmente abierta.

Asimismo, la LIE puede participar con *49%* en una muy amplia gama de actividades a las que antes no tenía acceso, como sucede con sociedades financieras de objeto limitado, televisión por cable, telefonía básica y servicios conexos al sector ferroviario, entre otros. No obstante, en varios de estos sectores y en otros más (educación, servicios legales, agentes de seguros, telefonía celular, construcción de tuberías y perforación de pozos petroleros, etc.), la LIE podrá ser admitida en porcentajes mayores siempre que medie resolución favorable de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras

Un aspecto novedoso más en la ley es el establecido en el art. *9°,* donde se dispone que la Comisión fijará anualmente los montos del valor de los activos de las sociedades, y solo cuando sean rebasados por la IE se requerirá que la Comisión la autorice para que participe con más de *49%* del capital social de las empresas. Es decir, se trata de que el requisito de la autorización solo se dé cuando el monto de adquisición y; por

consiguiente, la importancia de la empresa así lo jusrtifique. Por otro lado, esta disposición es congruente con la tendencia desreguladora en que se encuentra inmerso el país.

Otro aspecto fundamental en la ley lo constituye el dispositivo del art 10. Prácticamente desde que entró en vigor la Constitución de 1917 y con mayor precisión, a partir del *Reglamento de la Ley Orgánica del Artículo 27 Constitucional* de 1926, por *primera vez se permite que sociedades mexicanas sin cláusula de exclusión de extranjeros puedan ser propietarias de bienes inmuebles en zona restringida, siempre que dichas sociedades se dediquen a* "*actividades no residenciales*", lo que a su vez significa, en un sentido indirecto pero amplio, cualquier tipo de actividades industriales comerciales y turísticas.

Por otro lado, se trata de una disposición de carácter inconstitucional, ya que, como vimos al principio de esta sección, el texto de la fracc. I del art. 27 Constitucional no deja lugar a dudas; los extranjeros no tienen capacidad para adquirir propiedad dentro de zona restringida. Como suele suceder en México ante una disposición constitucional caduca, en lugar de derogarla–porque eso causaría un conflicto con los sectores nacionalistas decadentes−, se busca otro camino: el de una ley que vaya en contra de la Constitución, en ese caso, como se dijo, una ley inconstitucional. En el capítulo II de la ley se regulan los fideicomisos sobre bienes inmuebles en zona restringida. Se trata de las reglas establecidas desde 1971 por Acuerdo Presidencial y que fueron recogidas por la ley de 1973. Sin embargo, también hay algunas novedades respecto de lo anterior, como la fijación de un periodo máximo de 50 años para los fideicomisos, lapso que podrá prorrogarse a solicitud del interesado.

No se establece la prorroga después de 100 años, pero podría ser por un periodo igual (art. 13, párrafo 1), lo que de hecho significa que la posesión del bien por parte de extranjeros será prácticamente vitalicia.

Por otro lado, se dispone que el criterio con que la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) decidirá la conveniencia o no de otorgar los permisos para construir fideicomisos consiste en "*el beneficio económico y social que la realización de estas operaciones implique para la Nación*". El dispositivo de la ley fija un criterio definido que, aunque amplio, antes no existía. Por tanto, habrá que demostrar ante la SRE, en el escrito de solicitud correspondiente, cuáles son estos beneficios, aportando además los estudios económicos que soporten lo que se afirma al respecto.

El art. 17 de la ley atiende una realidad. Un creciente número de sociedades extranjeras en México, especialmente estadounidenses, en ocasiones no desean constituir una sociedad mexicana como hasta ahora lo venían haciendo para tener mayor amplitud de actividades, ser sujetos de crédito e incluso manejar los porcentajes establecidos por las leyes anteriores. En la actualidad esas sociedades establecen sucursales o simples

oficinas, y por tanto esta disposición clarifica las reglas para hacerlo, al detallar los requisitos y pasos que se necesiten para ese fin. La ventaja de una disposición de este tipo es que de forma sumaria centraliza las diversas disposiciones que sobre este tema se encontraban dispersas en el sistema jurídico mexicano.

El titulo quinto atiende por su parte a otra realidad: se requiere una creciente IE en prácticamente todos los sectores porque el ahorro interno del país es insuficiente. No obstante que existan sectores restringidos, aun en estos puede participar la inversión extranjera por medio de la "*neutralización*" de la inversión que se puede hacer de ella mediante el fideicomiso que prevén el art. 18 de la LIE y el título quinto del Reglamento. Se pretende que por medio de la trasmisión de la propiedad fiduciaria a la institución de crédito que actuará como tal, el contenido extranjero de la inversión se diluya y se convierta en inversión neutra. Esta disposición, al margen de la discusión sobre su congruencia jurídica, tiene como objetivo que el dueño del capital extranjero participe junto con algún funcionario bancario en el Comité del fideicomiso, que será el que se encargue de conducir los destinos de la inversión extranjera en la empresa en que se ha invertido. En la práctica, toman decisiones quienes representan a la inversión extranjera en dicho comité.

La experiencia ha demostrado que a la IE no le es atractivo invertir a través de mecanismos indirectos, aunque en ellos pueda tener el control de sus capitales.

Si en verdad se pretende el fenómeno de mayor capital en estas áreas, se tendrán que abrir. Un argumento frecuente indica que es mejor no abrir a la IE los sectores restringidos que ahora quedan porque, al hacerlo, las empresas con capital 100% mexicano venden su participación al capital extranjero "*desnacionalizado*" dichos sectores. Aunque este argumento es superfluo, conviene aclarar dos cuestiones medulares que se encuentran implícitas en él: el empresario mexicano –salvo honrosas excepciones—tiene una salida fácil al encontrar a un comprador –en este caso extranjero—de la participación accionaria de su empresa. Pero también ese empresario está en su derecho de vender su empresa y de venderla al mejor postor. Es un problema de mercado y no de la ley.

Volviendo al tema que nos ocupa, la inversión neutra es una es una ingeniería jurídica que se ha creado a lo largo de la existencia de las prohibiciones a la IE y que, en esta ocasión, por combinarse con campos económicos y financieros, se vuelve aún más compleja. De esta manera, la inversión neutra no se tomará en cuenta "para determinar el porcentaje de inversión extranjera en el capital social de sociedades mexicanas".

Con reducciones significativas en trámites y procedimientos, la Comisión de Inversiones Extranjeras quedó como un órgano integrador del derecho por medio de la facultad, antes otorgada, de establecer los criterios para aplicar las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia. Es interesante anotar que se trata de un procedimiento

poco ortodoxo en un sistema jurídico excesivamente formalista como el extranjero, peor que ha probado su utilidad a lo largo de los últimos 25 años, haciendo avanzar los principios establecidos en la ley conforme a las necesidades modernas.

La Inversión extranjera en el TLCAN (En la actualidad (T—MEC)

Como vimos en la sección anterior, la actitud del Estado mexicano frente a la IE con motivo de la firma del TLCAN. Se optó por un régimen federal regulado, pero sobre principios de libre mercado; sin embargo, esa fue la otra mitad del camino. La otra mitad, quizá la más importante, consistió en definir un esquema jurídico internacional de protección con una perspectiva amplia. De esta manera, se consideró que el tratamiento de la IE debía fundamentarse en principios aceptados por la comunidad internacional, y el sistema jurídico nacional debía también constar con la alternativa para que el inversionista extranjero pudiera recurrir a una instancia internacional a fin de dirimir las disputas que llegara a tener frente al Estado. Sin embargo, un esquema jurídico de ese tipo puede enfrentar problemas de constitucionalidad.

Al prever un sistema alternativo para los extranjeros (paneles internacionales) al cual los nacionales no tienen acceso, se va en contra del espíritu del art. 27 Constitucional fracc. I; sin embargo, el gobierno mexicano ha considerado que es prioritario privilegiar el desarrollo económico del país en beneficio de la sociedad mexicana y, por tanto; las adecuaciones jurídicas en esta materia obedecen a una política económica global.

El segundo argumento es el siguiente: un esquema internacional de este tipo es congruente con el dispositivo constitucional. El art. 27 fracc. I, de la Constitución establece ***dos supuestos***: *que los extranjeros convengan en considerarse como nacionales respecto de los bienes inmuebles que adquieran en México y que no invoquen la protección de sus gobiernos por lo que corresponde a dichos bienes*.

Es un esquema jurídico de protección internacional como el que hemos citado, los supuestos constitucionales se respetan. Tanto el extranjero como el nacional tienen abierta la jurisdicción de los tribunales mexicanos, y en cualquier controversia entre particulares poseen los mismos derechos y las mismas instancias. En cuanto al procedimiento internacional que se instaura en beneficio del inversionista extranjero, no se relaciona con la institución de la protección diplomática, que es la protección unilateral que brinda un Estado cuando existe una violación flagrante de los derechos de un nacional suyo por parte de otro Estado, el cual no le otorga la oportunidad de defender esos derechos ante los tribunales internos. Caso distinto queda abierto para los particulares (sus nacionales) lo utilicen. Se trata, en todo caso, de un sistema opcional.

Por otro lado, es un procedimiento cuyas reglas están basadas en los principios aceptados internacionalmente, y se busca la mayor imparcialidad posible de parte de

los árbitros. Igualmente, importante es el hecho de que el inversionista extranjero, en este tipo de mecanismo arbitral, tiene el mismo nivel del Estado a partir del momento que lo demanda, constituyéndose así en un sujeto de derecho internacional. Dicho logro en materia de derechos humanos ha sido fundamental para el funcionamiento de un mecanismo de esta naturaleza y una novedad para el derecho internacional público.

La Cláusula Calvo (la renuncia a la protección diplomática) es un dispositivo frecuente en las constituciones latinoamericanas desde el siglo XIX, pero la mayoría de los gobiernos de esos países han optado, como el Estado mexicano, por el desarrollo económico y en esa medida relegan la aplicación de la cláusula en algunos casos. Este es, entre otras cuestiones, la realidad y evitar así que con el desarrollo internacional de México se estén violando disposiciones constitucionales que, al mismo timpo, no representan motivo de seguridad para el inversionista extranjero en lo que atañe a sus inversionistas.

Después de revisar brevemente el TLCAN, (hoy T--MEC) veremos a continuación el caso de los Acuerdos Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones (APPRI). Antes de entrar en materia en el TLCAN es importante definir lo que en el propio tratado se entiende como *inversionista e inversión.* El art. 1139 del TLCAN define [“*Inversionista de un Inversionista de una Parte*” como “*la inversión propiedad o bajo control directo de un inversionista de dicha parte*”].

Inversionista de una parte significa una Parte o una Empresa de la misma, o un nacional o empresa de dicha Parte, que pretende realizar, realiza o ha realizado una inversión.”

Finanalmente, por inversión se considera una amplia serie de hipotesis que pueden resumirse en “una empresa”, “acciones de una empresa”, “obligaciones de una empresa”, cuando la empresa a las acciones son propiedad del inversionista. Se incluye en el amplio concepto del arrt. 1139, entre otras, las participaciones den empresas, bienes raíces o propiedades tangibles, beneficios provenientes de capital y contratos vinculados a la propiedad o de donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa.

Los principios que rigen la inversión extranjera de los nacionales parte del Tratado son:

- trato nacional.
- trato de la nación más favorecida.
- nivel de trato, y
- mínimo de trato.

Estos principios “tienen una larga tradición en su empleo por los tribunales internacionales y por los tratados económicos internacionales…. a través de ellos se articula un cuerpo de derecho uniforme económico internacional”, que fue integrado por

quienes elaboraron el TLCAN. Estos principios, que México ya había reconocido desde 1986 cuando se adhirió al GATT y posteriormente cuando ratificó los tratados de la Organización Mundial de Comercio en 1995, ahora, en materia específicamente de inversiones extranjeras, los acordó con el objeto de que la inversión extranjera tuviese seguridad y la certeza de que sería tratada en condiciones internacionales adecuadas, y con ello incentivaría para que venga a México, lo cual dio resultado si se considera que hoy, después de los ingresos de divisas por el petróleo, en segundo lugar se encontraba la inversión extranjera.

Conforme al principio de trato nacional, México se compromete a brindar a los inversionistas "un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente *al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones*". (Art. 1102, TLCAN hoy T—MEC).

De forma especifica, el art. 1102, prevee que el inversionista no puede ser obligado a participar en un porcentaje mínimo en sociedades establecidas en México (4.a). Se entiende que esta restricción en el porcentaje mínimo es aplicable a sociedades cuyas actividades no se encuentren limitadas para la participación general de la IE en ciertos sectores de la economía mexicana. También se trata de evitar que un extranjero tenga que vender o dehacerse de su inversión en el país por razón de su nacionalidad. (4.b). Este principio, junto con los que veremos a continuación, provoco que México debiera otorgar las mismas condiciones a la inversión procedente de otros países mediante los llamados *appri.*

Todd Weiler considera que el principio de trato nacional garantiza "*la igualdad de oportunidades competitivas que deben existir entre competidores similares en materia comercial*…. El análisis de los estándares para ese tratamiento comparativo puede ser planteado *en dos sentidos*: Determinación de "*la similitud"* (que incluye la definición del mercado relevante y derecho aplicable) y una evaluación comparada de "tratamiento".

Conforme al art. 1103 **[**TLCAN hoy T—MEC**]** a los nacionales de los países parte del Tratado se les otorga el trato de la nación más favorecida, principio internacional conforme al cual el Estado que los acepta dará el mismo trato (más favorable) que otorga a los otros países con los que tiene un acuerdo internacional en la misma materia, en este caso a la IE de los nacionales del Estado parte del Tratado. Con estos principios se establece un estándar diferente del otorgado a la IE en general por la Ley de Inversiones. Ello ha significado que la apertura de la ley no fue lo suficientemente importante para la IE y, por tanto, el gobierno mexicano decidió crear ese nuevo estándar por la vía de los acuerdos internacionales, sin pasar por el Congreso de la Unión para modificar la ley. Así, durante el gobierno del presidente Zedillo, sobre todo al principio de su administración, al no contar con la mayoría en el Congreso decidio

iniciar la celebración de los acuerdos internacionales que hemos mencionado (los *APPRI), con la ratificación del Senado.*

El nivel de trato se define en el capítulo XI del TLCAN como el trato que una parte otorgará a los inversionistas de otra, el cuál será el mejor de los tratos requeridos requeridos pos los arts. 1102 y 1103 (art. 1104). Se pone de relieve que, si uno de los Estados parte del tratado otorga un trato favorable a los nacionales de otros Estados con los que dicho Estado parte tenga celebrados tratados de inversión, debe ser el mejor de esos tratos.

El nivel mínimo de trato (art. 1105) **[** vinculado con los anteriores, tiene, sin embargo, una característica importante en este caso:**] "1.** Cada una de las partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas."

Indudablemente, se trata de una disposición novedosa que hemos comentado, en la que México acepta que el trato al inversionista, incluida la interpretación de los principios que estamos estudiando, *se haga conforme al derecho internacional (principios, jurisprudencia, doctrina)* y no de acuerdo con el derecho mexicano. Con ello la apertura en este tema alcanza un grado considerable y otorga la seguridad que la IE requiere.

El 31 de julio de 2001 la Comisión de Libre Comercio prevista en el art. 2001 del tratado integrada por las tres partes contratantes emitipo su opinión en torno a la fracción I del art. 1105, antes citada, e interpreto que esta disposicipon establece: "El estándar mínimo estabecido por la Constumbre en el Derecho Internacional respecto de extranjeros como el mínimo de estándar de tratamiento que puede otorgarse a los inversionistas de la otra parte":

El problema con esta propuesta es que el art. 1105, fracc. I, no se refiere a varios de los conceptos que menciona la opinipon interpretativa y, por tanto, habría una suerte de "desnaturalización" del texto del tratado; en efecto, ese texto no se refiere a "estabdar mínimo" ni a "extranjeros", solo a nacionales se de la otra parte en el tratado y, sobre todo, no se refiere a "la costumbre en el Derecho Internacional".

En estas condiciones, nosotros consideramos que el sentido que debe prevalecer es el expresado en la disposición que se comenta y que, como ya dijimos, se trata de otorgar con una vocación más amplía, "*un trato conforme al derecho internacional*". Esto quiere decir, en términos del art. 38 del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia,* lo siguiente:

Artículo38 l. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

> ***a)*** *las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;*
>
> ***b)*** *la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;*
>
> ***c)*** los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas*;*
>
> ***d)*** las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

También se refiere el nivel mínimo de trato al caso en que los Estados parte en el tratado otorgaran a los inversionistas de otra parte, y cuyas inversiones sufran pérdidas en su territorio debidas a conflictos armados o contiendas civiles, trato no discriminatorio respecto de cualquier medida que adopte o mantenga en relación con estas pérdidas.

En el capitulo XI del TLCAN también se eliminan los *requisitos de desempeño, establecidos por la Ley de Inversiones de 1973.* Los objetivos son: evitar que se limite al inversionista extranjero a exportar un nivel o porcentaje de bienes o servicios; alcanzar un dterminado grado de contenido nacional en esos productos o servicios; adquirir, utilizar u otorgar preferencias a bienes o servicios producidos en el territorio donde se encuentra la inversión; relacionar el volumen de importaciones con el de las exportaciones o con el monto de las entradas de divisas asociadas a la inversión para poder realizar sus compras de bienes y materia prima en el extranjero; restringuir las ventas en su territorio a los bienes o productos que produzca el inversionista o relacionar la restricción de dichas ventas con el volumen o valor de sus exportaciones o ganancias en divisas que generen, con lo cual se establecen reglas claras para que se desarrolle un libre mercado en el que el inversionista participe.

Asimismo, dentro de los *requisitos de desempeño, los* Estados parte en el tratado se comprometen a evitar cualquier obstáculo para que *el inversionista pueda transferir tecnología, proceso productivo u otro conocimiento reservado,* salvo que *se violen derechos de propiedad intelectual* y estos sean sancionados por tribunales judiciales o administrativos, lo mismo que en el caso de reglas sobre competencia económica. También el compromiso de no actuar como proveedor exclusivo de los bienes o servicios que produce el inversionista. En este caso se excluyen los bienes y servicios que el Estado *presta, ya que están reservados a él por la Constitución: petróleo y demás hidrocarburos, electricidad,* etc..

Los mismos requisitos se excluirán cuando se pretenda que queden condicionados a alguna ventaja, como una menor tasa impositiva por encontrarse en una zona geográfica determinada o la exención en el pago de ciertos servicios.

Sin embargo, quedan como limites las reglas en materia *ambiental, las referidas a la protección de la vida o salud humana, animal y vegetal, las relativas a la preservación de los recursos naturales no renovables y aquellas otras que no sean contrarias al tratado*.

Conforme al art. 1107, **[**México**]** se comprometió con los Estados parte en el tratado, y viceversa, a permitir que se nombren personas de cualquier nacionalidad para ocupar puestos de alta dirección en empresas ubicadas en su territorio. Lo mismo se aplica para los Consejos de Administración. [art. 1107].

El compromiso de los Estados parte también se refiere a permitir que todas las transferencias relacionadas con la inversión se hagan libremente y sin demora, transferencias en las que se *incluyan ganancias, dividendos, intereses, pago de regalías, gastos de administración, asistencia técnica, pago por productos derivados de la venta o liquidación de inversión y pagos contractuales, incluidos préstamos*. **[**art. 1109, TLCAN]

Se regulan la expropiación y la compensación que el inversionista debe recibir eventualmente. En efecto, el **[art. 1110]** del tratado establece las bases conforme a las cuales exclusivamente el Estado puede llevar a cabo la expropiación:

° Por causa de utilidad pública.

° Sobre bases no discriminatorias, con apego al principio de legalidad que establece el nivel de trato.

° Que la expropiación se realice mediante la indemnización (valor justo de mercado) a que se refiere la propia disposición. El pago deberá hacerse sin demora y será completamente liquidable, lo que evita pagar con bonos del Estado que no puedan ser redimidos sino después de un plazo.

Esta disposición ya ha empezado a tener aplicación en el caso de las decisiones condenatorias para los países parte, especialmente en el caso de México. Existen algunos conceptos que vale la pena comentar, el *valor justo de mercado* que se refiere al valor que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se lleve a cabo (valor previo).

El *valor previo* es *aquel que no haya sido afectado porque se conoció con anterioridad la intención del Estado de expropiar*; es decir, que antes de conocerse las medidas expropiatorias el bien o inversión debió tener un valor superior al que más tarde tuvo

cuando la medida fue dada a conocer, aun cuando la expropiación todavía no se llevaba a cabo.

En la ultima parte del artículo que comentamos se deslindan determinadas medidas que puede tomar el Estado, con la fijación de tasas de interés, impuestos, regalias, etc., de lo que poiuede considerarse para efectos del capitulo XI una expropiación, siempre que la medida sea general y no discriminatoria.

Sobre la incompatibilidad entre disposiciones del capitulo XI con otros capítulos del tratado, el art. 1112 previene que ptrevalecerán las disposiciones de aquel.

El limite a los *beneficios al inversionista* de otro Estado contratante se da cuando se trate de una empresa que sea propiedad o esté controlada por nacionales de un país no parte del **[** art. 1113 **].** Pero esa determinación del límite de beneficios deberá hacerse expresa antes de que se inicie cualquier procedimiento entre el Estado e inversionista, ya que se tendrá que determinar en cada caso si en realidad el control de la empresa pertenece en su totalidad a nacionales de países parte en el Tratado, o bien si hay un tercero, nacional de un Estado no parte, que tenga el control de la empresa. En este último caso deberá de declararse que no habrá los beneficios a que se refiere el tratado o estos serán limitados.

En materia ambiental, el [art. 1114] se establece *dos disposiciones interesantes*: ***a)*** las medidas que el Estado parte "*adopte, mantenga o ponga en ejecu*ción" en esta materia podrán constituir medidas legitimas al ser compatibles con las ventajas o beneficios que otorga el capítulo *y* ***b)*** se prohíbe "*el relajamiento*" de medidas internas aplicables a la salud, seguridad o medio ambiente para alentar las inversiones en su territorio, como fue el caso en otra época en que los costos que debían pagar las empresas para cumplir con este tipo de medidas era menor en México que en Estados Unidos y Canadá, donde tales medidas han sido siempre más rigurosas y, al mismo tiempo, de mayor costo.

Analicemos ahora, así sea someramente, la segunda parte del capitulo XI, en el que se establecen los procedimientos conforme a los cuales un inversionista que se considere afectado por una decisión del Estado puede reclamar de este una compensación.

Esta parte del capítulo XI tiene gran relevancia porque, al crearse de forma institucional una instancia internacional para la resolución de estas controversias, México acepta que solo los nacionales de los otros Estados parte del Tratado tengan acceso a ella y no así los mexicanos. Esto, que a primera vista puede parecer una desigualdad de trato, se matiza principalmente por *dos razones:*

1. *Porque la misma regla se aplica a los mexicanos en el territorio de los otros Estados contratantes. Claro está que el volumen y la cuantía de las inversiones estadounidenses y en menor medida las canadienses en México son mayores que las de los inversionistas mexicanos en esos*

países, pero en todo caso no se trata de una cuestión de número sino de principio.

2. *Porque los inversionistas mexicanos tienen libertad para realizar sus inversiones en otros países donde las reglas les sean favorables y con frecuencia existen alternativas internacionales de este tipo, como es el caso específico de las reglas d*el *Centro Internacional de arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).*

Es importante hacer una aclaración en este punto. El inversionista extranjero, ya sea mexicano en país extranjero o extranjero en México, tiene en muchos casos la opción de solicitar que la diferencia que se haya suscitado con el Estado donde se encuentre su inversión sea administrativa conforme a las reglas y con la intervención de un organismo internacional como el CIADI, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados nacionales y otros Estados. Este es un procedimiento de naturaleza internacional que, como se mencionó, solo es administrado por un organismo con las características indicadas. No se trata de una instancia extra a los tribunales nacionales; es decir, que agotados los recursos de estos pueda seguirse como instancia internacional, sino que representa un procedimiento directo en el cual al inversionista se le obliga, si quiere optar por él, a que renuncie a cualquier instancia interna.

El principio básico del procedimiento instaurado en la sección B del Capitulo XI es que asegure que la resolución de controversias se dará sobre el trato igual, conforme al principio de reciprocidad internacional, debido proceso legal y ante un tribunal imparcial (art. 1115). Con este objeto, el inversionista puede presentar una demanda en contra del Estado si considera que ha sufrido pérdidas o daños en su inversión en virtud e la violación o a consecuencia de ella. El término para hacerlo es de tres años (3) a partir de que haya tenido noticia de la pérdida o daño (art. 1116).

La demanda para resolver la disputa por la vía arbitral a través del panel es procedente seis meses después de que sucedieron los actos que motivaron la reclamación **[** art. 1120**].** La idea es que durante ese tiempo se dé un plazo en el que el Estado de que se trate y el inversionista puedan llegar a un acuerdo, lo que la doctrina estadounidense se conoce como un *cool down period,* un lapso dentro del cual el enfrentamiento, las discusiones muchas veces acaloradas y los reclamos podrían disminuir en intensidad y tanto funcionarios públicos como inversionistas pueden volver a un estado de ánimo que les permita ver las cosas de otra manera y, eventualmente, llegar a acuerdos. Sin embargo, hasta ahora el gobierno mexicano ha desaprovechado este lapso para llegar a acuerdos; parecería que la actitud de los funcionarios es reticente en este sentido.

Como requisito de la procedibilidad de la demanda, el demandante debe consentir en someterse al procedimiento arbitral instaurado por el tratado, es decir, al sistema de

panel a que nos referiremos en seguida. Asímismo, el inversionista debe renunciar a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento ante cualquier tribunal administrartivo o judicial relacionado con la medida presuntamente violatoria de lo establecido por el tratado. Se trata de evitar que llegue a haber dos resoluciones contradictorias, lo que puede hacer muy compleja la ejecución de alguna de ellas y sobre todo que, agotada la vía interna, el inversionista extranjero todavía tuviera, a diferencia de los nacionales, una instancia extra, lo que estaría en contradcción con las normas constitucionales.

Capitulo XI, Sección B. Solución de Controversias en Materia de Inversión.

En este capítulo se establecen *tres procedimientos para la solución de controversias*; ***uno*****,** conforme a las reglas del CIADI; para este caso solo Estados Unidos de América es Estado miembro, por lo que Canadá y México no podrían participar; ***dos*****,** el establecido por las reglas del mecanismo complementario del CIADI cuando un Estado no sea parte del CIADI, que sería en caso de México y Canadá, pero en el cual por supuesto puede participar Estados Unidos; y un ***tercer*** procedimiento también accesible a las tres partes por igual, que es conforme a las reglas de arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional, conocida por sus siglas inglesas UNCITRAL, procedimiento que en todo caso será administrado por el CIADI.

En los dos primeros casos, el del Convenio del CIADI y su mecanismo complementario, estamos en presencia de un sistema institucional en la medida en que además de las reglas existe una institución que los administra: el CIADI, cuya sede se encuentra en las oficinas principales del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. En el tercer caso, se trata de normas típicamente arbitrales que, adoptadas por las partes, serán también administradas por el CIADI. La diferencia de dichas reglas respecto de las del CIADI consiste en que esta **tiene una connotación política**, por tratarse de un órgano supranacional en materia de inversiones, y teniendo en cuenta que ni México ni Canadá son miembros de dicho organismo, se optó por una tercera vía, constituida por las reglas que integran (las de UNCITRAL) el sistema jurídico de ambos países**.**

Sin embargo, en el TLCAN (T—MEC) hay disposiciones que regulan el acceso a cualquiera de los tres procedimientos. Se trata de reglas que definen el tipo de consentimiento que las partes deben manifestar a fin de someterse a estos procedimientos y disposiciones complementarias para la integración de los paneles arbitrales, reglas para la designación de árbitros, *para la acumulación de procedimientos, notificación, documentación, sede, derecho aplicable, interpretación de*

los anexos, dictámenes de expertos, medidas provisionales de protección, laudo y su ejecución.

Los principios que rigen el capítulo XI son básicamente los mismos que regulan todo el Tratado de Libre Comercio: *trato nacional, trato de nación más favorecida, reciprocidad internacional y debido proceso legal ante el tribunal imparcial e independiente de las partes en el tratado, principios que se consideran suficientes para garantizar las in versiones de extranjeros en los países parte del acuerdo y especialmente en México*. En este sentido, se condiciona al inversionista extranjero a los cuatro supuestos anteriores para que pueda tener acceso al procedimiento de solución de controversias previsto por el capítulo XI **[** art. 1116**]** . Los supuestos son:

- Que el Estado incumpla alguna de las obligaciones que tiene a cargo de acuerdo con el tratado. *[art. 1116]*
- Que viole en perjuicio del inversionista cualquiera de las obligaciones que le impone la Sección A del capítulo XI (trato nacional, trato de la nación más favorecida, nivel de trato, etc.).
- Que viole en perjuicio del inversionista las obligaciones adquiridas por el Estado en el capítulo XV del tratado, sobre "Monopolios y empresas de Estado".
- Que el inversionista haya sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación por parte del Estado o a consecuencia de ella.

Veamos estos supuestos más detenidamente:

- Que la violación por parte del Estado receptor de la inversión se dé a una de las obligaciones establecidas en el capítulo XI a las que se hizo alusión en el párrafo anterior; es decir, fundamentalmente a los principios mencionados en los que se sustenta el capítulo.
- Cuando alguna empresa del Estado tenga facultades de regulación o de imposición de cuotas, derechos u otros cargos y con alguna de sus medidas o acciones afecte los intereses del inversionista extranjero.
- Cuando monopolios y empresas del Estado afecten la actividad de la inversión extranjera por su incompatibilidad con las obligaciones asumidas por el Estado parte en la sección A del capítulo XI. En la aplicación de los supuestos anteriores, el inversionista haya sufrido pérdidas o daños.

Además de estos casos, **[** art. 1121**]** del tratado establece "*condiciones previas"* para el sometimiento de una controversia al procedimiento arbitral previsto en la sección B del capítulo XI y que ahora se comenta. Las "condiciones previas" pueden resumirse en

*dos**: primero***,** que tanto el inversionista—persona física como el inversionista—empresa acepten someterse al arbitraje en los términos establecidos en el tratado, es decir, que acepten las reglas del CIADI, de su mecanismo o las de UNCITRAL, según sea el caso, además de las reglas y disposiciones complementarias establecidas en la sección B del capítulo XI; y *el **segundo**,* que el inversionista renuncie al derecho que le corresponde de iniciar o continuar cualquier procedimiento ante tribunales internos, salvo el caso del recurso a *medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario,* pero que no impliquen el pago de daños ante dichos tribunales y conforme a la legislación del Estado parte vinculado en la controversia.

Entre las disposiciones complementarias establecidas en el apartado B del capítulo XI están las siguientes: en el caso del CIADI, el Tribunal se integrará por tres árbitros. Cada una de las partes en controversia nombra uno y estos elegirán a su presidente, en caso de desavenencia, el presidente será nombrado por el Secretario general del CIADI, **[** arts. 1123 y 1124, párrafo 2 **].** Tanto el presidente y resto de los demás árbitros serán nombrados de una lista de 45 árbitros previamente seleccionados por las partes en el tratado **[** art. 1124 párrafo 4**].** De manera de excepcional el Secretario General del CIADI presidirá el Tribunal Arbitral en caso de no encontrar lista un árbitro disponible siempre que tenga nacionalidad distinta a la de las partes en la controversia **[** art. 1124, párrafo 3**].**

En el caso de la aplicación de las reglas del arbitraje de UNCITRAL, el tribunal se conformará como se describió anteriormente, incluyendo las facultades concedidas para el secretario general del CIADI. Las diferencias de este procediiento respecto de los antes señalados son que la aplicación de las reglas de UNCITRAL instituyen un medio alterno de solución de controversias que no se vincula al procediento del CIADI, lo cual evidentemente se hace para darle a México una alternativa viable.

También, la aplicación de las reglas de UNCITRAL se presenta como una alternativa para el caso en que se planteen en una cotrversia “cuestiones de común de hecho y de derecho”, dotando al tribunal con reglas UNCITRAL para que pueda proceder, con el acuerdi de las partes, a la acumuación de procedientos (art. 1126).

Otro aspecto importante es el relativo al derecho aplicable. De acuerdo con la naturaleza internacional de estos procedimientos de solución de diferencias, y para evitar que alguna de las legislaciones nacionales se aplique, el **[** art. 1131**]** define como derecho aplicable las normas del tratado, y si estas fueran insuficientes, el derecho internacional. En este último caso la referencia es amplia, pero debe entenderse, como ya hemos mencionado, además del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en *primer lugar la jurisprudencia establecida por la Corte en los pocos casos en la que ha intervenido y en los que debió resolver intereses privados frente a la actividad estatal, así como la amplía jurisprudencia arbitral internacional derivada de la Cámara de Comercio Internacional como de la American Arbitration Association, en el*

caso de inversiones de tribunales nacionales que en los casos de gran importancia han establecido principios aplicables en estos casos. Se trata, en suma, de aplicar un derecho que no esté "*contaminado"* por los derechos nacionales de las partes contratantes.

Para finalizar esta sección conviene hacer algunos comentarios sobre el caso específico de México. en la reserva expresada por nuestro país en el anexo **1120.1** del TLCAN (T—MEC) no acepta someterse a los medios de solución de controversia antes previstos en este capítulo. Podría parecer sorprendente esta reserva; sin embargo, cabe precisar algunos aspectos. Existe una gran carga histórico-política, reflejada en gran medida en la Cláusula Calvo, por lo cual México debió hacer la reserva antes citada.

México puede aceptar el mecanismo complementario del CIADI en la medida en que existe la posibilidad de agotar previamente los recursos internos, con lo que no se violara ninguna disposición constitucional. Su actual posición, por tanto, debe interpretarse en un sentido político más que jurídico, ya que el TLCAN (T—MEC) significa, en sí mismo, un paso demasiado audaz en la posición tradicional de México en sus relaciones con Estados Unidos de América, que se vería agravada si, además, se modifican criterios tradicionales muy arraigados en diversos grupos de abogados, intelectuales y militantes de izquierda.

Además, los principios básicos de las reglas de arbitraje de UNCITRAL fueron introducidos en el sistema jurídico mexicano mediante la *Ley Uniforme de Arbitraje, también de UNCITRAL, como las reglas* para el arbitraje comercial, nacional e internacional, en el título cuarto del capitulo V del Código de Comercio.

Los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

Los APPRI (conocidos internacionalmente como BITS) son acuerdos internacionales bilaterales que México ha suscrito y que por su número y por los países con los que se han firmado, representan hoy en día un cuerpo legal de obligaciones bilaterales internacionales de importancia para la protección de la IE en México.

Se trata de acuerdos por los que el Estado Mexicano se compromete internacionalmente, con los Estados que firman, a otorgar a la IE proveniente de dichos Estados un tratamiento acorde con los principios aceptados por la comunidad internacional y a dotarlos con un mecanismo internacional de solución de controversias en términos iguales a los que ya hemos revisado en el casodel TLCAN. Estos acuerdos han sido impulsados desde 1992 por el CIADI, institución del Banco Mundial.

Capítulo 5. Métodos Más Comunes: Conceptos Generales.

5.1 Conceptos preliminares

Como es natural, las sociedades evolucionan a lo largo del tiempo. Con el simple transcurso de los años, la vida cambia no solo dentro de un grupo social determinado sino también de un grupo social a otro. Con frecuencia hay signos observables de esta evolución o de ese cambio que se reflejan en los productos culturales de cada grupo; el derecho es uno de esos productos y, por tanto, suele ser distinta la forma en que se expresa en las diferentes instituciones sociales que cada grupo crea.

Por otra parte, se puede observar que el ser humano es un ente que difiere de los otros seres vivos por sus productos culturales, uno de los cuales es el derecho. Para ese ser humano–entendido en su totalidad (psicobiológica) y en las circunstancias socioculturales y naturales en que vive, circunstancias que determinan su existencia histórica--el derecho representa aquello a lo cual aspira, es decir, los *mínimos de seguridad, certeza igualdad y libertad* que le permitan desarrollar una vida tranquila y productiva.

Normalmente los grupos sociales llevan a cabo sus actividades en un espacio geografico determinado; el ser humano por lo común vive dentro de cierta comunidad y con frecuencia con un sentido territorial de pertenencia (el pueblo, la provincia, el estado, la ciudad, el barrio etc.) sin embargo algunas de sus actividades suelen efectuarse fuera de ese espacio original, por diferentes circunstancias de vida familiar o de comercio.

La diversidad de regulaciones jurídicas de las instituciones en cada sociedad y el afán de obtener un *mínimo posible de seguridad, certeza, igualdad y libe*rtad, hacen importante definir ciertas bases que permiten alcanzar estos propósitos. La evolución de las sociedades ha incrementado el tráfico entre ellas, en la historia sabemos de desplazamientos de personas de un lugar a otro y a veces de un país a otro por razones de hostigamiento político o religioso, por persecuciones políticas o simplemente en búsqueda de trabajo. Pero los comerciantes también han sido en todas las épocas de la historia vehículos para la adquisición de bienes de otras latitudes, ya sea artículos necesarios: granos, minerales, o de lujo: perfumes, elíxires o piedras preciosas.

Con el desarrollo de la tecnología y de las comunicaciones que ahora gozamos, los intercambios son más frecuentes y sobre todo más complejos. Se habla de globalización y ese concepto agrupa una serie de elementos que llevan a una mayor cercanía entre países. Con esos desarrollos el comercio es fundamental para el estudio del DIPr.

Estos mismos comerciantes, al requerir una regulación a sus transacciones, establecieron desde entonces reglas obligatorias en determinados sectores: artesanos, joyeros, prestamistas, etc.., las cuales se generan ahora en amplios y complejos sectores en lo que actúan millones de operadores internacionales todos los días, como son los banqueros, financieros, armadores, operadores de barcos, etc.

Hoy existen además otro tipo de reglas con un objeto común: regular el tráfico jurídico internacional que sido el resultado de circunstancias naturales de la evolución mundial. De ahí han surgido distintos métodos orientados a la solución de problemas derivados de ese tráfico. El conocimiento y manejo de algunos principios básicos de dichos métodos jurídicos constituyen el tema del que nos ocuparemos en adelante.

Los métodos.

Históricamente el surgimiento de los métodos que mencionamos ha sido ubicado en la Grecia clásica (siglo V A.C.), pero es a partir de la escuela italiana de los glosadores (siglo XII D.C.), y en especial de los posglosadores (siglo XIII D.C.), cuando se inicia el tratamiento sistemático de dos de los métodos más antiguos: el llamado **de *conflictos legislativos o conflicto de leyes*,** que en adelante denominaremos sistema *conflictual tradicional*, y el conocido como de *conflictos de competencia judicial*.

De acuerdo con la tradición jurídica en los sistemas codificados, como es el caso de los países latinoamericanos y de Europa continental, el DIPr se estudia a partir de la ley aplicable; en cambio en los sistemas de *derecho consuetudinario o Common Law la materia, bajo el nombre de Conflict of Laws*, se estudia a partir de la jurisdicción.

Sistema conflictual tradicional.

Ya lo mencionamos, pero vale la pena insistir: el *sistema conflictual tradicional* al que nos referimos a continuación es un método elaborado dentro de los sistemas jurídicos, nacionales para vincular al sistema nacional con otros sistemas jurídicos o bien para resolver los problemas que se suscitan cuando los tribunales nacionales tienen frente a sí un caso con elementos internacionales. En resumen, se trata de un método en principio unilateral que ha sido complementado con otros métodos posteriores y, sobre todo, con convenciones internacionales sobre DIPr.

Mediante el ***sistema conflictual tradicional*** se intenta resolver un problema derivado del tráfico jurídico internacional con la aplicación de una norma jurídica que le dé respuesta indirecta. Víctor Romero del Prado (1961), define dicho método como "*El conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto o fin determinar cuál es la jurisdicción competente o la ley que debe aplicarse en caso de concurrencia simultánea*

de dos o más jurisdicciones o de dos o más leyes, en el espacio, que reclaman su observancia".

En esta definición distinguimos básicamente tres elementos:

1. Un conjunto de normas con un objeto específico.
2. En qué casos opera este conjunto de normas.
3. Como opera.

Romero del Prado solo se refiere a un conjunto de normas dentro del sistema jurídico, distinción que parte de la especialidad de las normas en razón de su objeto. En términos generales, las normas de un sistema rigen las conductas de modo directo, pero existe un tipo de ellas cuya función es distinta, ya que rigen dichas conductas de manera indirecta; por ejemplo, la ***norma material* o *sustantiva*** establece que los contratos deben ser cumplidos y *en la compraventa, contra la entrega de la cosa, debe pagarse el precio; en cambio las normas procesales indican quienes son jueces o aplicadores del derecho, cuál es el proceso por seguir para precisar jurídicamente una situación*, como *se deben desahogar las pruebas, como se debe elaborar la sentencia*, etc. De forma parecida, a fin de posibilitar la aplicación del derecho, otras normas señalan, en casos concretos, cual es la norma aplicable para resolver directamente un problema derivado del tráfico jurídico internacional, o bien, cuál es el juez o tribunal competente para conocer de dicho problema.

Por lo general existen en el sistema interno normas jurídicas aplicables para la solución de un caso concreto, o bien, para determinar la competencia de un juez o tribunal.

> Normas que se aplican para la solución de un caso:
>
> **Articulo. 13** del *Código Civil Federal*:" *La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas… IV. La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar donde se celebren*…"
>
> Normas que determinan la competencia del juez:
>
> **Art. 564** del *Código Federal de Procedimientos Civiles*: "*Será reconocida en México la competencia asumida por un tribunal extranjero para los efectos de la ejecución de sentencias, cuando dicha competencia haya sido asumida por razones que resulten compatibles o análogas con el derecho nacional…*"

En el ***primer ejemplo***, la norma indica el juez mexicano que determine la validez del acto jurídico, celebrado en el extranjero, mediante la ley de su celebración. En *el* ***segundo*** **ejemplo** se le otorga jurisdicción al juez mexicano para reconocer la competencia asumida por el juez extranjero. El reconocimiento de la competencia es un paso previo al reconocimiento de la sentencia que deba hacer el juez, siempre que

el juez extranjero haya asumido competencia conforme a "*razones*", que no son otras que la compatibilidad o "*analogía*" con las reglas del juez mexicano.

> ***Primer ejemplo***. Un matrimonio domiciliado en México, demanda ante un juez mexicano la nulidad de su matrimonio celebrado en Guatemala, aduciendo que no se cumplieron todos los requisitos formales previsto por la ley guatemalteca para la celebración formal de un matrimonio. El juez mexicano en la aplicación de su regla de conflicto le indica que los actos jurídicos se regirán por el derecho del lugar donde se celebren, *consultara a la ley guatemalteca (ley del lugar de celebración) y si efectivamente no se cumplieron, los requisitos que las partes aluden en su demanda*, el juez mexicano no podrá declarar la nulidad del matrimonio basado en la ley guatemalteca.
>
> ***Segundo ejemplo*.** Un juez de California sentencia a una persona domiciliada en México, donde además tiene varios bienes en inversiones, al pago de un millón de dólares por daños que esa persona ocasionó a una empresa estadounidense. Los acreedores tratarán de que la sentencia se reconozca *en México, para lo cual demandarán su reconocimiento ante un juez mexicano.* Este último debe analizar en primer lugar si el juez de California tenía competencia para dictar esa sentencia y lo podrá hacer a partir de *dos perspectivas*: ***una,*** *si la persona condenada, ahora domiciliada en México, tuvo residencia o domicilio en Estados Unidos de América en el momento de que fue emplazada a juicio*, si teniendo su domicilio en México, fue emplazada aquí *mediante exhorto o, tal vez*, si dicha persona llevó a cabo negocios en Estados Unidos que le haya dado competencia al juez estadounidense que dictó la sentencia. Una vez que el juez mexicano haya podido verificar "*las razones*" por las cuales existió competencia, podrá pasar a revisar, como segundo paso, si dicha sentencia cumple con los principios del *derecho mexicano en cuanto al fondo*.

Como se podrá apreciar, en algunas ocasiones sucede que para resolver ciertos problemas hay que aplicar una norma que no pertenece al sistema o que, si bien pertenece a este, debe ser previamente identificada al haber duda acerca de cuál norma aplicar, por no existir dos o más leyes en presencia.

El caso de la competencia judicial es diferente: existe duda acerca de qué juez o tribunal es competente para conocer de un caso concreto, y esa duda se resuelve consultando *una norma procesal* que define si el juez es competente o no.

Ya sea para determinar una norma jurídica extranjera, identificar la norma del sistema que deba aplicarse o saber qué juez o tribunal es competente, hay que contar con un mecanismo de aplicación especial de normas que nos ayude al respecto. Esta función es cumplida en algunos casos por "*ese conjunto de normas*" a que Romero del Prado hace referencia y al que en general la doctrina denomina *reglas o normas de conflicto*.

Por su parte, Adolfo Miaja de la Muela (1972) define así al sistema:

[En estos casos existen] *dos o más relaciones jurídicas en potencia, tantas leyes como tengan contactos con las personas, cosas o actos que figuren en el supuesto de hecho, pero mientras no se señale exactamente la ley aplicable, es decir, mientras no se resuelva el conflicto, lo único que, sin género alguno de duda, tendremos ante nosotros es una relación humana, fáctica, propia de la vida. De relación jurídica sólo se podrá hablar cuando esté fijada la legislación destinada a regular aquella relación humana.*

En la definición anterior pueden distinguirse cuatro elementos:

1. Dos o más relaciones jurídicas en potencia.
2. La posibilidad de solución de un conflicto.
3. Ciertas conductas humanas o hechos.
4. La identificación de una legislación que regule las conductas o los hechos.

Miaja de la Muela plantea la posibilidad de la existencia de "*dos o más relaciones jurídicas en potencia*" y en seguida expresa que su número varía conforme a las leyes o los sistemas jurídicos con *que se relacionen las personas, cosas o actos del caso concreto*; es decir, estaremos en presencia de cierto número de normas susceptibles de ser aplicadas, lo que el autor llama *en potencia*, debido a determinados indicadores (por ejemplo, *lugar de celebración del acto, lugar de pago, lugar de comisión del delito etc*.) que se deriven del caso concreto y que Miaja de la Muela **denomina *supuesto de hecho*.**

Esta pluralidad de normas susceptibles de ser aplicadas a la misma situación plantea un conflicto o, más bien, una duda sobre cual de dichas normas es aplicable. Para ello resulta necesario un mecanismo que nos ayude a decidir.

Las conductas o los hechos se producen en un espacio geográfico determinado, o sea, en cierto país y hay que juzgarlos, por lo que es necesario saber cuál norma debemos aplicar. Veamos un ejemplo.

Supongamos que en un acto jurídico ha sido celebrado en El Salvador, ciertos indicios del mismo---como el lugar de su celebración, las personas que intervinieron en el acto, etc.—nos guiarán para la identificación y, en su caso, la aplicación de la norma jurídica correspondiente, que en nuestro ejemplo podría ser la ley salvadoreña, que se determinaría como la ley del lugar de celebración y, por tanto, la ley aplicable a la forma del acto.

La identificación de la legislación o de las normas jurídicas aplicables permitirá saber si, conforme al derecho salvadoreño, en el caso anterior se considera el acto como un *matrimonio, una adopción, etc. En* otros términos: lo que en primer momento era para nosotros una simple relación humana o un hecho, se convierte, con la aplicación de la normatividad correspondiente, en un *contrato de matrimonio, un contrato de*

capitulaciones matrimoniales, en un acto *de adopción, etc.* pues la normatividad aplicable determinará lo que debe entenderse por tal o cual acto o hecho, lo que en palabras de Miaja de la Muela consiste en una relación jurídica, una vez "*fijada la legislación destinada a regular aquella relación humana*":

De los conceptos expuestos podemos inferir algunas conclusiones para comprender con mayor precisión en qué consiste el **método que conocemos como conflicto de leyes** y que en esta obra llamamos *método conflictual tradicional*.

a) *Hay problemas derivados del tráfico jurídico internacional que originan la necesidad de recurrir a la aplicación del derecho extranjero. En los países con diferencias en los órdenes jurídicos locales, como es el caso de los Estados federales, puede ser necesario, aplicar una norma de carácter local en otro estado del país, debido al tráfico jurídico interestatal.*

b) *En cada sistema jurídico positivo como ya lo mencionamos, una serie de normas cuya función u objeto es posibilitar la aplicación del derecho extranjero o de un orden jurídico local diferente, normas que la doctrina ha denominado reglas o normas de conflicto. Cabe aclarar que, en adelante, y en el nivel en el cual se habrán de tratar estos problemas, gran parte de los principios generales son aplicables tanto al tráfico jurídico interestatal nacional como el tráfico jurídico internacional.*

c) *No existe un conflicto de leyes en el sentido estricto del término, sino en realidad una duda por parte de los aplicadores del derecho (jueces, tribunales, árbitro etc.) respecto de cuál es el sistema jurídico aplicable cuando ciertas conductas humanas o hechos se encuentran vinculado, por razón espacial, con otros sistemas jurídicos. Esta vinculación se representa por ciertos indicios (lugar de celebración del acto, lugar de pago, lugar de ejecución del contrato, etc.) que la* ***doctrina ha denominado puntos de contacto o puntos de conexión****.*

d) *Es conveniente entonces la existencia de un mecanismo que, frente a un caso determinado, nos guíe en la identificación de la norma jurídica extranjera aplicable. Lo haremos conforme a los indicios de que disponemos, (****puntos de contacto o conexión****), vinculados con las conductas humanas o con los hechos, para que con base en ellos podamos conocer la norma aplicable y así saber de qué tipo de actos jurídicos se trata. Veamos un ejemplo.*

Una persona con domicilio en el Distrito Federal decide adoptar a un menor y con esa finalidad recurre a hospicios, casas cuna privadas y al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) a fin de buscar a un menor susceptible de ser adoptado. Una vez que encuentre al menor que

busca, irá a los tribunales en cuya jurisdicción tiene su domicilio para llevar a cabo el proceso de adopción y los tribunales le otorgarán la adopción o no.

La misma persona de nuestro ejemplo, domiciliada en el Distrito Federal, opta por realizar la adopción de un menor en Brasil para luego hacerla reconocer en México. en este caso el juez mexicano consultará su norma o regla de conflicto que le indica: "*Las situaciones jurídicas válidamente creadas en entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas*." (art. 13, fracc. I, CCDF).

En estas circunstancias, el juez del Distrito Federal ante quien se plantea el reconocimiento de la adopción celebrada en Brasil, tendrá primero que iniciar su análisis por los **puntos de contacto o de conexión** con los que cuente:

1. *El demandante ante los tribunales mexicanos del reconocimiento de la sentencia del juez brasileño otorgando la adopción, se encuentra domiciliado en el Distrito Federal.*
2. *El acto de adopción celebrado en Brasil conforme a la ley brasileña.*
3. *El cumplimiento o no de los requisitos que la ley brasileña establece para adoptar.*
4. *La competencia del juez brasileño para pronunciarse acerca de la adopción conforme a su ley y por "razones" que sean parecidas o "análogas" a las reglas mexicanas, y*
5. *Que la sentencia no sea contraria al orden público mexicano.*

Como podemos ver, con los elementos internacionales el juez mexicano debe cambiar su enfoque, ya sea que la adopción se lleve a cabo en México o se realice en el extranjero.

e) *Romero del Prado se refiere a la jurisdicción competente o a la ley que debe aplicarse, y Miaja de la Muela solo hace referencia a la ley aplicable. Esto se debe a que* ***el primer autor*** *considera que el tratamiento de los llamados* ***conflictos de jurisdicciones*** *es diferente del de los denominados* ***conflictos legislativos****. En cambio,* ***el segundo autor*** *estima que tanto las cuestiones de* ***competencia judicial*** *como las de competencia legíslativa surgen de la determinación de una legislación aplicable, sin hacer distinción alguna entre dichos conceptos.*

Veremos ahora un ejemplo para concretar lo dicho anteriormente.

Fracc. II del art. 13 *del Código Civil Federal: "II. El estado y capacidad de las personas físicas se rige por el* ***derecho del lugar de su domicilio****;"*

> *Como* se advierte, esta regla de conflicto indica al juez cuál es la ley que debe aplicar a fin de saber si la persona tiene capacidad para celebrar tal o cual acto o para determinar la ley aplicable a su estatuto personal, que en este ejemplo es la ley del domicilio. En cambio, conforme al art. 24, fracc. IV, se establece que es juez competente: "**IV**. *El del domicilio del demandado, tratándose de acciones reales sobre muebles o de acciones personales o del estado civil".*

Como puede apreciarse, en el ***primer caso*** se trata de una regla de *conflicto* que indica que ley debe aplicarse con base en un *punto de contacto o conexión*, que es el domicilio, para conocer en ese caso la ley aplicable al estatuto personal del individuo, mientras que en **el *segundo*** es la determinación de la competencia del juez con base *un punto de conexión o punto de contacto, como lo es el domicilio del demandado.*

En resumen, y de acuerdo con los autores citados, el *método conflictual tradicional* es un procedimiento mediante el cual, de manera indirecta, se trata de solucionar un problema derivado del tráfico jurídico internacional o interestatal en el ámbito nacional, con la aplicación del derecho que dará la respuesta directa. Más adelante examinaremos en detalle este método, así como las diferentes tendencias que en el mismo se han desarrollado, afín de conocer la evolución de este método.

Normas de aplicación inmediata.

Veamos ahora otro método moderno, que ha cobrado importancia en las transacciones internacionales y que contribuye a definir cuándo una cierta transacción puede enfrentar normas de orden público que podrían entorpecerla.

Mediante este método se intenta resolver, de manera interna y directa, un problema derivado del tráfico jurídico internacional con la aplicación de ciertas normas del sistema que, por su naturaleza, excluyen cualquier otro recurso.

Arthur Nussbaum (1943) fue de los primeros en identificar este tipo de normas, que llamó normas internas espacialmente condicionadas (Spatially conditioned internal rules), las cuales diferenció de las normas o reglas conflictuales, pues el contenido de las primeras será suficiente para que, en condiciones definidas, deba(n) ser aplicada(s) por los tribunales locales como cuestión de orden público, sin tener en cuenta si, de acuerdo con las reglas sobre conflictos de leyes, el contrato se halla de otro modo regulado por una ley extranjera…

Aquí encontramos cuatro elementos básicos:

1) *Se trata de un conjunto de normas del sistema, diferentes de las conflictuales.*

2) *Por su contenido, y en ciertas circunstancias, son aplicables para los tribunales de manera directa.*
3) *Se les considera cuestión de orden público.*
4) *Ante la presencia de este tipo de normas, no cabe otro recurso sino el de su aplicación inmediata.*

Al referirnos a las normas o reglas conflictuales vimos que forman un conjunto distinto del resto de las normas del sistema. En el caso de las que menciona Nussbaum, son normas internas como las conflictuales; sin embargo, difieren de las normas o reglas conflictuales tanto por su contenido como por las condiciones de su aplicación.

Tal contenido y forma de aplicación permiten que los tribunales locales *las apliquen de manera directa*, a diferencia de las *normas conflictuales, que son aplicables para determinar que norma jurídica extranjera será la que nos proporcione la solución directa*. Es decir, las normas conflictuales provocan que se recurra a otra norma; en cambio, las normas a las que se refiere Nussbaum se aplican directamente y excluyen la posible aplicación de ley extranjera. Veamos en ejemplo para tratar de aclarar estas ideas.

> *Un señor de religión musulmana y procedente de algún país donde se práctica esta religión, decide residir en el Distrito Federal y viene acompañado de sus dos esposas, que las leyes de su país le permiten. Decide buscar el reconocimiento de sus dos matrimonios ante los Tribunales del Distrito Federal. El juez, como ya vimos en el ejemplo anterior, llegará a la conclusión de que efectivamente la unión del señor con sus dos esposas es legítima conforme a las leyes de su celebración y que la ley del domicilio del señor en el momento de contraer matrimonio con las dos esposas le otorga capacidad para ello. La ley del Distrito Federal, establecía que el matrimonio es de un hombre y una mujer. Este concepto ha cambiado, ya que de acuerdo con el art. 146 el matrimonio "es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida…" pero en todo caso, establece un principio de <u>monogamia</u> y no de <u>poligamia</u>; por tanto la ley mexicana se aplica y solo reconoce a la esposa que en tiempo casó primero.*
>
> *Se trata de que las leyes relativas al matrimonio, que por ser inicio de la familia son se orden público, se apliquen por encima de cualquier otra ley, como en este caso, una ley de origen musulmán que resulta aplicable por la residencia del señor musulmán en el Distrito Federal.*

La aplicación directa y la exclusión de la posible aplicación de normas extranjeras se debe a que las *normas* ***de aplicación inmediata*** se consideran de orden público, es decir, se trata de aquella norma o conjunto de normas del propio sistema que los

órganos del Estado encargados de crearlas consideran que involucran intereses que deben ser protegidos enérgicamente y, por tanto, no cabe sustituirlas.

Como consecuencia de la naturaleza de estas normas y por su aplicación de estas normas y por su aplicación directa, se excluye la posibilidad de acudir a todo tipo de métodos distintos, como sería el caso del conflictual tradicional. Es decir, el aplicador del derecho (juez, tribunal etc.) no tiene que consultar siquiera su norma conflictual, aun en el caso de que los hechos o la conducta humana que se le presénte se encuentren vinculados, mediante ciertos puntos de contacto o conexión con un sistema jurídico diferente.

Sin embargo, un tipo de estas normas puede ser un pretexto para que el juez no aplique la norma extranjera designada aplicable. De ahí que sea importante tratar de definirlas y, sobre todo, precisar en qué casos pueden ser aplicables, para que no se constituyan en una barrera artificial al trafico jurídico internacional.

Philon Francescakis (1958) retoma el tratamiento y el interés acerca de este tipo de normas al aportar más elementos para su definición; es él quien las denomina normas de derecho interno de aplicación inmediata (Régles d'application immédiate du droit interne). Francescakis afirma que, en ocasiones, "*la aplicación de leyes extranjeras puede resultar difícil o intolerable, o imposible, porque la propia organización del Estado no toleraría la intrusión de elementos heterogéneos*. De esta manera, la efectiva aplicación de las leyes que reflejan dicha organización tiene que quedar necesariamente asegurada".

En el texto anterior se distinguen tres elementos:

1. *Condiciones de aplicación.*
2. *Rechazo a la aplicación de normas jurídicas extranjera.*
3. *Predominio de la organización estatal.*

Si bien en un principio las normas conflictuales pueden ser un buen medio para conciliar las diferencias presentadas por la diversidad de sistemas jurídicos existentes, mediante la aplicación de normas jurídicas extranjeras, en ocasiones esta aplicación no es posible. Dicha imposibilidad se convierte en un rechazo abierto cuando, por ciertas circunstancias, existe la necesidad de aplicar las normas internas. Tal es el caso cuando se trata de asegurar la organización del Estado, es decir, cuando se trata de las cuestiones que interesan a dicho Estado o si intervienen cuestiones de índole colectiva, concepto que Nussbaum, como vimos, engloba en el orden público.

De las consideraciones anteriores podemos inferir algunas cuestiones que nos ayuden a comprender lo que suele conocerse como *normas de aplicación inmediata.* Existen ciertos problemas derivados del trafico jurídico internacional que deben resolverse

directamente mediante la aplicación de normas internas, sin acudir a otro recurso. En cada sistema jurídico positivo hay una serie de normas cuya función u objeto se vincula con cuestiones de organización estatal **(normas financieras y monetarias, control de cambios), interés general o colectivo (*derecho de familia, normas fitosanitarias, normas aduaneras)* o de protección a otros intereses (*derecho laboral, derecho de sociedades,* etc.)** y se ha considerado que dichas normas deben aplicarse sin otro recurso, normas que la doctrina ha denominado ***leyes de aplicación inmediata, leyes de aplicación necesaria o autolimitantes***.

La diferencia entre los conceptos antes expuestos consiste únicamente en que Francescakis es más explícito que Nussbaum en lo relativo a la naturaleza de dichas normas.

En conclusión, y de acuerdo con los autores citados, el método **de normas de aplicación inmediata es un procedimiento mediante el cual se trata de solucionar directamente un problema derivado del tráfico jurídico internacional por medio de la aplicación del derecho nacional.** Se trata así mismo, de un método residual, en la medida en que la aplicación de esta normatividad es excepcional. Este método de solución ha sido ampliamente desarrollado por la doctrina. Ejemplos de esto.

> *La Ley General de Salud establece las reglas de la salud de toda persona que se encuentre dentro del territorio nacional y regula las bases y modalidades para el acceso a los* ***servicios de salud sin tomar en consideración el origen, residencia o domicilio de las personas; se aplica por el solo hecho de que la persona haya ingresado a México***.
>
> *En materia de sociedades mercantiles, especialmente en la sociedad anónima, los inversionistas extranjeros suelen detentar una parte de las acciones cuando se asocian con capital mexicano. Así, en el interior de la sociedad tenemos un grupo de capital mexicano y otro de extranjeros. En estos casos se suele introducir en los estatutos de la sociedad de una cláusula arbitral mediante la cual las partes convienen en dirimir sus controversias ante una institución administradora de arbitrajes, nacional o internacional, evitando con ello someterse a los tribunales mexicanos para ese tipo de disputas. Los accionistas habrán convenido en una transacción internacional lo referente a la solución de sus disputas; sin embargo, si se trata de una cuestión relativa a la sociedad mercantil (derechos de minoría, libre ejercicio del voto, etc.) los accionistas no podrán modificar las disposiciones de la ley en la materia, la Ley General de Sociedades Mercantiles, porque esta normatividad es de orden público al menos en lo relativo a la estructura, funcionamiento y respeto a los derechos de los accionistas y debe aplicarse sin considerar que en la relación jurídica existan*

elementos, extranjeros, como puede ser el caso de la residencia de los accionistas, su nacionalidad, el lugar donde adquirieron las acciones, etc.

Normas materiales.

Mediante este método también se intenta resolver de manera interna y directa un problema derivado del tráfico internacional con la aplicación de ciertas normas del sistema. Sin embargo, la diferencia se encuentra en la naturaleza de estas normas, que tienen **vocación internacional**. Es decir, son normas elaboradas por el legislador nacional para solucionar de manera directa una cuestión internacional, con exclusión de cualquier otro recurso.

Jacques Maury (1936) fue uno de los primeros autores en definir tal tipo de normas:

> *El medio técnico escogido por un Estado para resolver una cuestión—en la especie relativa a la reglamentación de las relaciones internacionales−puede tener, y de hecho tiene, una influencia cierta sobre la naturaleza y la función de la norma que utiliza. En efecto, en presencia de una situación con elementos extranacionales, los legisladores estatales determinan el derecho aplicable y, si ellos consideran que su derecho material nacional no debe, intervenir indica el derecho extranjero a que habrá de recurrirse.*

En el texto anterior destacan principalmente tres conceptos:

1.- *Existe la posibilidad legislativa nacional de resolver cuestiones derivadas del tráfico jurídico internacional.*

2.- *El medio que se ha de utilizar guarda relación con la naturaleza de la norma correspondiente.*

3.- *Un primer recurso podrá ser aplicar derecho material nacional y, si el caso no puede resolverse de esta manera, seguidamente podrá recurrirse a una norma de conflicto.*

Maury plantea la posibilidad de que el legislador nacional regule un supuesto de naturaleza internacional a partir de su norma interna. En otras palabras, este autor percibió la posibilidad de que el legislador interno decidiese que determinada situación----por sus carácteristicas, interés para el Estado o simplemente por decisión propia de dicho legislador----pueda ser reglamentada a partir de las normas jurídicas nacionales, es decir, desde el derecho interno. Si el legilador así lo decidiese, indicará en que casos su propio derecho es aplicable.

Si el legislador---dice el autor citado---− decide que la cuestión por resolver sea regulada por su propio derecho o por un derecho aplicable distinto del suyo, expedirá una norma con características y naturaleza tales que permitan la opción decidida. Si decide que sea su norma nacional, elaborará una norma interna material en cuya hipótesis se plantee la regulación de un supuesto internacional; si, en cambio, decide que no sea su norma interna material la que se aplique, sino una norma extranjera, entonces elaborará una norma interna conflictual que permita dicha aplicación.

Con ello, Jacques fue uno de los primeros en plantear la posibilidad de resolver los problemas derivados del trafico jurídico internacional mediante un método distinto del sistema conflictual tradicional. La norma interna material a la que se refiere el autor que nos ocupa tendrá, diríamos nosotros, una *vocación internacional.* No obstante ser elaborada internamente, su hipótesis o parte de ella está proyectada hacia fuera del sistema jurídico que le da origen. Se trata de normas que se aplicaran en casos excepcionales y, por tanto, el método de *normas materiales* es un método residual.

Henri Batiffol (1950), al comentar una sentencia de la Corte de Casación francesa (Messageries maritimes) que estableció la necesaria vinculación de los contratos internacionales con algún sistema jurídico positivo, alude a una disposición interna francesa que otorga fuerza obligatoria a los contratos "*legalmente concluidos*":

> *El contrato no vale si no se encuentra concluido conforme a la ley; la ley es, de esta manera, preexistente… [Y es ésta] la que determina en primera y última instancia las exigencias del interés general y su conciliación con la libertad individual y la protección a la persona… el desarrollo continuo de leyes imperativas, bajo el impulso de la evolución social y económica, ha demostrado cada vez más claramente que las convenciones se forman en la medida y dentro de los límites permitidos por dichas leyes.*

En el texto de Batiffol podemos distinguir dos elementos:

1. *La preexistencia de la ley.*
2. *La aplicación de la ley nacional*.

La ley otorga validez jurídica a los compromisos celebrados entre las partes, si esos compromisos son de orden internacional, las disposiciones internas podrán ser aplicadas con objeto de regir de manera directa tales relaciones. Dicho de otra manera; una primera norma interna de aplicación, no sólo a los contratos nacionales sino también a los internacionales, es precisamente la que se refiere a la validez de los contratos "*legalmente concluidos*". Aquí conviene hacer un paréntesis para explicar la naturaleza de este tipo de normas materiales, ya que su contenido es más sutil que las anteriores normas explicadas.

Cuando Batiffol señala que la ley lé otorga validez jurídica a los acuerdos "*legalmente concluidos*" entre las partes, se está refiriendo a una ley interna que sea aplicable por un juez eventualmente. Una ley interna en estas circunstancias, como ya lo mencionamos, tiene ***vocación internacional*** en la medida en que ha sido prevista por el legislador para regular los supuestos de hecho que se realicen dentro del territorio nacional o tengan contacto con él, pero en los que existan elementos internacionales. Asimismo, sería el caso de los supuestos que las partes han decidido libremente que sean regulados por la ley interna, aunque los supuestos de hecho se realicen en el extranjero: *lugar de entrega de la mercancía, lugar de la prestación de los servicios, lugar de pago,* etc. Dicho en otras palabras, las partes pueden acordar la ley aplicable a su contrato. Sin embargo, hay leyes que han sido elaboradas previendo un supuesto que no se verifica dentro del territorio nacional.

Con el objeto de darle continuidad al sistema internacional de patentes y marcas, derivado de los tratados internacionales celebrados por México, la ley mexicana establece que se reconocerá como primer registro (ya sea de patente o de marca) el efectuado en el extranjero. Un supuesto de hecho --el primer registro--- se efectúa en el extranjero y, no obstante, la norma mexicana lo prevé. Es decir, el supuesto de la norma mexicana será un hecho que se realice en el extranjero, que es el primer registro, y sólo con base en él, se puede acceder al registro en México para solicitar la retroactividad de los efectos jurídicos, con el objeto de evitar que durante ese plazo un tercero pueda registrar una patente o una marca igual.

Por otro lado, esta aplicación directa de normas internas materiales significa la validación de un acto derivado del trafico jurídico internacional que puede ser considerada, por el autor, como la aplicación de una técnica distinta de la conflictual tradicional para resolver problemas jurídicos internacionales. En este contexto, la preexistencia de la ley, para Batiffol, *es el telón de fondo de la posibilidad de validación de toda relación jurídica*.

Todavía en la década 1950-1960 privaba la tendencia generalizada en los autores de que toda relación jurídica internacional debía estar necesariamente relacionada con una ley nacional, por ello Henri Batiffol pone énfasis en la aplicabilidad de normas materiales internas que validen los acuerdos "*legalmente concluidos*" en el tráfico jurídico internacional. En el caso de la sentencia que el citado autor comenta, los jueces franceses encontraron en la hipótesis de la ley material francesa la vía para solucionar un problema de índole internacional, internacionalizando con ello las categorías nacionales. Lo dicho por Batiffol implica que, en diversos sistemas jurídicos, por vía directa o interpretativa, existe la posibilidad de encontrar este tipo de normatividad: *normas materiales.*

A partir de tales ideas es posible inferir algunas cuestiones que nos permitan comprender el concepto de *normas materiales.*

Ciertos problemas derivados del tráfico jurídico internacional pueden resolverse de modo directo mediante la aplicación de normas materiales nacionales, con exclusión de cualquier otro recurso.

En cada sistema jurídico positivo existe una serie de normas cuyas hipótesis o categorías pueden servir para solucionar directamente problemas derivados del trafico jurídico internacional, normas que nosotros consideramos que tienen una *vocación internacional*, las cuales excluyen el recurrir a métodos. Volvamos sobre el mismo ejemplo:

"**Artículo 40** de la ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial: "Cuando se solicite una patente después de hacerlo otros países se podrá reconocer como fecha de *prioridad* la de presentación en aquel en que lo fue primero……."

De esta manera, como ya lo mencionamos y vale la pena repetirlo, para lograr la comprensión que buscamos de este concepto tan elusivo, el legislador mexicano parte de un supuesto de hecho realizado en el extranjero (*el del registro de una patente o de una marca*) para darle contenido a la hipótesis de su norma nacional. Así para que en México se le pueda otorgar efectos retroactivos al registro de una patente previamente inscrita en el extranjero, se tendrá que acreditar ese supuesto de hecho que es el registro en el extranjero. En otras palabras, el legislador mexicano habrá ubicado una parte de su hipótesis normativa sobre un hecho que debe suceder fuera del ámbito normal de aplicación de sus leyes (*territorio nacional*), a fin de que se active la consecuencia de estas (*el efecto de retroactividad que prevé su norma interna*).

En conclusión, y de acuerdo con los autores citados, el método de *normas materiales* es un procedimiento mediante el cual, de manera directa, se trata de resolver un problema derivado del tráfico internacional con la aplicación del derecho material nacional, en virtud de que el legislador nacional lé ha otorgado una *vocación internacional* a sus propias leyes y, si no es posible solucionar el problema de este modo, se acudirá a las normas de conflicto. Se trata, asimismo, de un método complementario, en la medida en que, como lo comentamos, es reducido el número de este tipo de normas en el sistema.

Lex mercatoria.

A diferencia de los métodos descritos anteriormente, en este caso estamos ante un método de naturaleza internacional. Mediante este método, la doctrina ha querido describir una amplia serie de reglas emitidas por órganos privados en el ámbito internacional o por órganos gubernamentales en ese mismo nivel, pero cuya característica principal es que se trata de reglas que las partes hacen suyas en una relación jurídica y, por tanto, las convierten en obligatorias entre ellas, o bien, estas

reglas son aceptadas por organizaciones de comerciantes o prestadores de servicios y las hacen obligatorias en la contestación entre sus afiliados.

El profesor mexicano Jorge Alberto Silva (1994) opina que al lado de las legislaciones nacionales y de los tratados internacionales en materia comercial, "*destacan las normas que, derivadas de las prácticas, usos y costumbres, han sido expedidas por los propios protagonistas de las normas: los comerciantes*". En otras palabras, se trata de un método elaborado por los comerciantes para atender sus propias necesidades en las transacciones que desbordaban las fronteras nacionales. En este concepto podemos distinguir dos elementos que, a su vez son definidos de la *lex mercatoria:*

Primero. Las normas o reglas que constituyen la *lex mercatoria* son producto de las practicas, usos y costumbres de los comerciantes, es decir, ellos mismos las formulan para hacer regir sus propias relaciones de tal manera que en sus contratos, al acordar someterse a ellas, las vuelven obligatorias para las partes; así se convierten en ley entre ellas y pueden hacerse valer ante los tribunales nacionales.

Por su parte los profesores franceses Yvon Loussouarn y Jean Denis Bredin, que fueron de los primeros autores en la época moderna que hablaron de esta normatividad, (1989) afirman lo siguiente:

> *La costumbre establecida, desde el siglo XIX, por los comerciantes de una misma actividad profesional de agruparse en asociaciones nacionales e internacionales, ha contribuido favorecer adopción de usos comunes, introducidos en formulas tipo más tarde transcritas en los contratos tipo… [y estos]… usos y costumbres… son manifestaciones de origen no estatal… [de la naturaleza]… de la lex mercatoria y contribuyen a apoyar la tesis de aquellos que se satisfacen saludando con fervor la resurrección del jus mercatorum.*

De lo expuesto es posible destacar cuatro elementos:

1. *La agrupación de comerciantes de una misma actividad.*
2. *La adopción de usos y costumbres comunes.*
3. *Las manifestaciones de origen no estatal.*
4. *La resurrección de un jus mercatorum.*

Segundo. No obstante que el objetivo de la *lex mercatoria* fue, en sus inicios, resolver casos concretos, las soluciones aportadas hicieron que se desarrollaran verdaderos cuerpos jurídicos que más tarde han constituido instituciones jurídicas en las diversas legislaciones nacionales, como fue el caso, entre otras, de la letra de cambio, el pagaré y muchas de las operaciones de crédito y bancarias que todavía existen.

Sin embargo, en la actualidad, lo que se entiende por *lex mercatoria* son las reglas mencionadas en el párrafo anterior y que no tienen una sanción estatal hasta que

surgen desavenencias en los contratos entre las partes y estas piden la intervención del sistema judicial estatal para su reconocimiento y ejecución.

Ya mencionamos que, desde hace siglos, pero concretamente desde la Edad Media hasta llegar a la época actual, los comerciantes se han agrupado para la defensa de sus intereses y para establecer las reglas del juego entre sí, como aquellas que se refieren a la regulación de sus propias transacciones, con la determinación de sus propias especificidades y características, reglas que por lo general tienen un uso internacional.

La adopción de *usos y costumbres* comunes hace que quienes quieran comerciar internacionalmente en una determinada actividad tengan que aceptar las reglas previamente acordadas y al hacerlo, esas reglas se convertirán en obligatorias entre las partes en contrato.

Como ya señalamos, tales reglas son de creación no estatal, lo que implica que son establecidas por las propias agrupaciones de comerciantes y, en época más reciente, por prestadores de servicios, pero en todo caso su naturaleza es privada en su origen, aunque más tarde se pueda solicitar su reconocimiento ante las autoridades estatales.

Ya hemos mencionado que el incremento sustancial del comercio internacional y su especialidad provocan que este tipo de reglas proliferen cada día más, de ahí la importancia de su estudio. La dinámica del comercio mundial y la consiguiente producción de este tipo de reglas han hecho que algunos autores consideren que estamos frente a una nueva resurrección del *jus mercatorum,* como el sucedido en la Edad Media, cuando los reinados, ducados y principados de la época no contemplaron el fenómeno "*internacional" y* se quedaron al margen de la regulación del comercio entre ciudades—Estado. Ello sucede por la lentitud de los procesos legislativos nacionales, la cual provoca que cuando cierta regulación se aprueba internacionalmente, el objeto de regulación ya ha evolucionado, debido a la nueva tecnología empleada o los adelantos en las comunicaciones; así, la regulación local queda siempre a la zaga. Veamos algunos ejemplos.

Reglas Comerciales Internacionales (INCOTERMS) elaboradas por la Cámara de Comercio Internacional.

Obligación **1** del comprador establecida en el término en fabrica (ex Works) por las INCOTERMS, edición revisada en 2010 y elaborada por la Cámara de Comercio Internacional (organismo privado). Lo mismo puede ser aplicable a otros términos previstos por esas reglas como, entre otros, FOB (libre a bordo) o CIF (costo seguro flete).

El comprador debe "tomar posesión de la mercancía tan pronto sea puesta a su disposición en el lugar dentro de los plazos estipulados en el

contrato y pagar el precio convenido". Es decir, si comprador y vendedor han acordado que su contrato de compraventa de mercancías se rija por las INCOTERMS elaboradas por la Cámara de Comercio Internacional (organización privada), en lo que se refiere al costo y entrega de la mercancía y los harán obligatorios entre ellos, será ley para su relación contractual y, entre otros deberes, el comprador deberá cumplir con lo estipulado por esta regla.

Otro ejemplo puede ser el siguiente:

En la compraventa internacional la mercancía, el flete y el empaque suelen ser elementos de primera importancia. Dependiendo de cada tipo de mercancías los comerciantes acuerdan el tipo de flete, los términos de entrega y el empaque en que debe enviarse la mercancía. Esto constituye los usos y costumbres de cada rama comercial y, por tanto, son aplicables al comerciante que se encuentre negociando en alguna de esas ramas o sectores del comercio o la industria (como puede ser el comercio de flores o de cierto tipo de maquinaria). Por lo general, las leyes nacionales no regulan este tipo de cuestiones, como ya lo mencionamos, porque el legislador nacional considera que se trata de procedimientos dinámicos y variados y prefiere dejarlos a la dinámica del propio comercio.

Derecho Uniforme.

Al igual que en el anterior, estamos frente a otro método de naturaleza internacional. Mediante este método, por medio de normas de derecho sustantivo comunes establecidos por un tratado, acuerdo internacional, una **ley uniforme** o **guía legislativa**, se regulan las relaciones jurídicas que los particulares desarrollan entre Estados. Al respecto, el profesor estadounidense Friedrich K. Juenger (1993) señala que este tipo *de derecho sustantivo es importante para resolver las transacciones comerciales internacionales*, aunque no es un método básico sino complementario.

Así, el derecho uniforme, o derecho sustantivo en el ámbito internacional, *es un método complementario e importante para la solución de problemas que presenta el tráfico jurídico internacional*. Además, es uno de los métodos a los cuales el juez nacional recurre directamente para encontrar disposiciones de derecho sustantivo que pueden ayudarle a resolver las cuestiones que le plantean las transacciones comerciales internacionales.

El profesor argentino Alejandro M. Garro (1991) describe este método en los términos siguientes:

> *La implantación de bloques económicos regionales constituye un impulso muy importante en los esfuerzos de armonización y unificación del derecho. Esto puede comprobarse con la experiencia contemporánea de los países de Europa, que continúan elaborando a ritmo acelerado un derecho comunitario como conducto de la integración económica. Sin embargo, los esfuerzos de armonización y unificación del derecho mercantil en el mundo contemporáneo no se inspiran necesariamente en intereses regionalistas. Se trata más bien de armonizar criterios jurídicos entre países que, a pesar de contar con una tradición jurídica diferenciada y una acentuada disparidad de desarrollo económico, mantienen una relación comercial y por ende, de conflictos jurídicos lo suficientemente importantes como para justificar la armonización de sus ordenamientos jurídicos.*

En el texto anterior destacan cuatro supuestos:

1. *La armonización y uniformización del derecho en el ámbito internacional se promueven con la constitución de bloques económicos regionales, ya sea mercados de libre comercio o mercados comunes.*
2. *La experiencia europea nos muestra que los países que integran la Unión Europea llevan a cabo un amplio y profundo ejercicio de unificación y de uniformidad de sus respectivas legislaciones, a fin de contar con normas comunes en aquellas áreas en las que los diferentes países europeos tienen vínculos derivados de sus acuerdos internacionales para promover el libre tránsito de personas y del comercio y de esta manera, acelerar los procesos de unificación económica y comercial.*
3. *El proceso de unificación o de uniformidad del derecho en el ámbito internacional va más allá de los procesos de integración regional, ya que es un fenómeno que está vinculado con el comercio internacional en general y en algunos casos con el derecho de familia.*
4. *La armonización y uniformidad del derecho en el ámbito internacional constituye una respuesta a la relación comercial entre países con sistemas jurídicos distintos o con sistemas económicos dispares, pero que la necesidad del comercio y de los negocios hace necesarios y justifica acuerdos internacionales en estas materias.*

Al respecto veamos dos ejemplos:

Artículo 15 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa internacional de Mercaderías. "**1)** La oferta surtirá efecto

cuando llegue al destinatario**. 2)** La oferta, aun cuando sea irrevocable, podrá ser retirada si su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta."

Se trata de una norma internacional que establece como debe regularse la oferta de mercaderías en el ámbito internacional y *será obligatoria si los países donde oferente y aceptante tienen su residencia o establecimiento* han ratificado dicha convención, y a menos que las partes en el contrato dispongan otra cosa. México ratificó esta Convención (1988).

Otro ejemplo podría ser la Guía Legislativa aprobada por UNCITRAL y que hoy es, en gran medida, la ley mexicana sobre Concursos Mercantiles, porque el legislador mexicano consideró que con estas reglas se moderniza el régimen nacional sobre el tema y por ese motivo elaboró su ley sobre la base de esa guía legislativa.

Conflictos de competencia judicial.

Mediante este método interno se intenta determinar directamente, con la aplicación de normas nacionales, la competencia del juez o tribunal frente a un problema derivado del tráfico jurídico internacional. El profesor belga Emil Dove (1947), al referirse a dicho método, que es empleado por la doctrina angloamericana, comenta:

> *En Europa continental empezamos por buscar la ley aplicable al fondo del derecho y dejamos al final la determinación del tribunal competente, tal es, en efecto, el orden cronológico y lógico para un autor desinteresado: el derecho nace y seguidamente es reconocido o negado. Pero los autores ingleses y americanos perciben los fenómenos jurídicos desde la posición del juez: los miran desde el otro extremo del anteojo. La primera cuestión que se plantea para un tribunal es la de su competencia: pasará en seguida al estudio del fondo de derecho.*

En lo expuesto por Dove distinguimos dos elementos principales:

1. En Europa continental y en Latinoamérica se sigue un procedimiento diferente del que llevan a cabo los jueces ingleses y estadounidenses, porque en aquellos países se busca primero la creación de derechos; en cambio, en Inglaterra y Estados Unidos de América se indaga desde un principio sobre la competencia del juez. Esta manera de abordar el tema, como ya lo comentamos, se refleja en la forma de enseñanza del DIPr. En unos países –como los nuestros− se inicia por la ley aplicable y se

termina por el tema de la competencia judicial, mientras que en Estados Unidos de América e Inglaterra la enseñanza de la materia se centra principalmente en las cuestiones de jurisdicción, *sin descuidar la ley sustantiva aplicable al fondo del asunto*.

2. Hay una diversidad en el empleo de los métodos que redunda directamente en la norma aplicable al fondo del derecho. El procedimiento al que Dove se refiere y que se sigue en la Europa continental guarda relación con los diversos métodos antes citados, pero esta manera de proceder no es unívoca, pues el razonamiento puede partir del otro extremo: el de la competencia judicial.

En efecto, conforme a los métodos antes descritos, el objetivo que se pretende, ya sea de manera directa o indirecta, es saber qué norma jurídica se debe aplicar a las situaciones o los hechos que se comporten elementos extranjeros, con lo que se busca resolver el fondo del problema. En cambio, la doctrina angloamericana propugna una técnica diferente; ante una situación o un hecho que comporta algún elemento extranjero, se busca saber que juez o tribunal puede ser el competente para conocer de dicha situación o hecho; tal competencia, a su vez puede ser directa en los casos de conocimiento judicial para la adquisición de derechos, e indirecta cuando se trata del reconocimiento de los derechos adquiridos en el extranjero. En otras palabras, de acuerdo con un criterio práctico, los tribunales angloamericanos aplican el viejo proverbio legal inglés: "*primero los procedimientos para resolver el conflicto y después el derecho aplicable*".

Si una vez establecida la competencia del juez aplica su propio derecho, habrá una diferencia significativa respecto de los resultados en el conocimiento de la situación o del hecho que comporte elementos extranjeros. Por ejemplo, de acuerdo con el sistema conflictual tradicional, la norma aplicable para resolver el problema puede ser extranjera, mientras que en este caso será una norma nacional la aplicable para resolverlo, por lo que los resultados podrán ser disímbolos. Sin embargo, los tribunales ingleses y estadounidenses aplican constantemente ley extranjera, ya que se cuenta con un acervo jurisprudencial y una doctrina importantes en aquellos países.

Los comentarios anteriores se encuentran reflejados en el planteamiento que hace el profesor inglés R. H. Graveson (1969) cuando se refiere al método seguido en Inglaterra:

> *Los conflictos de leyes inglesas se han desarrollado alrededor de tres cuestiones:* ***el conflicto de jurisdicciones****, o ¿tienen las cortes inglesas jurisdicción para conocer un caso específico?,* ***el conflicto de leyes****, o ¿mediante qué sistema de leyes generalmente debe ser decidido dicho caso específico?, así como el reconocimiento y ejecución de sentencias*

> *extranjeras, o ¿mediante qué criterio debe decidir las cortes inglesas si una sentencia extranjera debe o no ser reconocida o ejecutada en Inglaterra?*

De los comentarios anteriores, podemos inferir algunos elementos que nos ayuden a comprender lo que en la doctrina se conoce como *conflictos de competencia judicial o conflictos de jurisdicciones*.

Existen ciertos problemas derivados del tráfico jurídico internacional que implican cualquiera de estos tres supuestos:

> ***1.*** *Determinar qué juez o tribunal conocerá del problema.*
> ***2.*** *Establecer qué ley se aplicará.*
> ***3.*** *Precisar qué criterio se adoptará respecto del reconocimiento o la ejecución de una sentencia extranjera.*

Para el conocimiento de dichos problemas, los tribunales o jueces nacionales deben decidir, en *primer término*, *acerca de su competencia o la competencia que tuvo el juez extranjero de cuya sentencia se pide reconocimiento*, decisión que en todos los casos se tomará conforme a las normas procesales nacionales.

En conclusión, y de acuerdo con los autores citados, el método de conflictos de competencia judicial es un procedimiento interno mediante el cual, de manera directa, se trata de establecer la competencia de los jueces o de los tribunales para el conocimiento y la solución de un problema derivado del tráfico jurídico internacional, o bien, conocer en qué casos y en qué circunstancias un juez o un tribunal es competente para otorgarle reconocimiento y, en su caso, ejecución a una sentencia dictada por un juez distinto.

Veamos los ejemplos siguientes:

> **Fracción I** del Art. 24 del Código Civil Federal de Procedimientos Civiles: "*Por razón de territorio es tribunal competente*: **I.-** *El del lugar que el demandado haya señalado para ser requerido judicialmente sobre el cumplimiento de su obligación*."
>
> Esta norma indica cuándo un juez tiene competencia para conocer de un caso. En nuestro ejemplo se trataría de cuándo el demandado señaló, en el contrato en que se obligó el lugar donde podría ser requerido para cumplir con su obligación, por ejemplo, *el pago de un crédito*.

En el caso del reconocimiento de sentencias emitidas por un juez extranjero, el art. 604 del CPCDF establece reglas conforme a las cuales los jueces de esta demarcación podrán reconocer las sentencias dictadas en otros estados de la República o del extranjero y darles plena vigencia en el Distrito Federal.

Capítulo 6. Sistema Conflictual Tradicional (tendencias)

6.1 Tendencias. Planteamiento general.

*Sistema conflictual tradicional, e*ste consiste en un procedimiento mediante el cual, de manera indirecta, se trata de solucionar un problema derivado del tráfico internacional con la aplicación del derecho extranjero, que dará la respuesta directa.

6.2 Diferentes tendencias.

El esquema formal adoptado para la exposición de las diversas tendencias doctrinales ofrece fundamentalmente ventajas de índole didáctica en la medida en que posibilita una visión panorámica de las diversas doctrinas expuestas. Cabe señalar que una clasificación con estas características es arbitraria, pues no considera, en muchos casos, diferencias que nos harían ubicar a dichas doctrinas de manera distinta, o une dejar de lado algunas propuestas que podrían mencionarse en una clasificación más detallada. Con estas salvedades, podemos decir que el *método conflictual tradicional* en la doctrina moderna se divide en tres grandes tendencias:

1. **La supranacionalista.** Considera el DIPr, y específicamente las reglas de los conflictos de leyes, como parte de un orden jurídico superior al de los Estados considerados en forma individual; es decir, que este método debe tener una naturaleza internacional por medio de tratados celebrados entre los diversos países, con carácter supranacional que permita que las reglas de conflicto de los tratados internacionales sean consultadas por los jueces nacionales y lograr así soluciones homogéneas. En la actualidad es uno de los métodos más socorridos.

2. **La internista o territorialista.** Considera que la disciplina debe ser estudiada únicamente a partir del derecho interno de los Estados, es decir, que las reglas de conflicto deben ser procedimientos de carácter interno o territorial y por excepción permitir la aplicación de una ley extranjera, a restringir la competencia de las leyes internas.

3. **La autónoma.** Considera que a la disciplina se le debe atribuir una posición autónoma dentro del marco general del derecho, debido a que su método de trabajo tiene características que le son propias, como el servirse de manera significativa del método del derecho comparado para que el juez pueda aplicar de modo conveniente su regla de conflicto –procedimiento definitorio de la materia− y, específicamente para que pueda interpretar las categorías y las instituciones jurídicas de otros sistemas jurídicos, a fin de que los resultados que obtenga sean favorables a la continuidad de la vida internacional.

Esta tendencia, que se inició a finales de la primera mitad del siglo XIX, sentó las bases para el desarrollo de gran parte de la doctrina contemporánea. De hecho, los internacionalistas dedicados al conocimiento de las relaciones privadas o *iusprivatistas* deben contar hoy en día con una base sólida de derecho comparado.

Las dos primeras tendencias tienen génesis diversas que, en su planteamiento moderno, se remontan al siglo XIX. En el caso de la primera se considera que su iniciador es el gran romanista alemán Federico Carlos de Savigny. Respecto de la segunda se ha estimado que se inicia en la escuela angloamericana, en el siglo XIX.

Origen de las tendencias modernas.

En la doctrina que empleó el método conflictual tradicional durante el siglo XIX pueden distinguirse de manera general dos planteamientos que fueron los precursores de las tendencias modernas:

1. *El que a partir de situaciones concretas pretende derivar o deriva de estas ciertas características particulares, a fin de determinar las normas jurídicas que le son aplicables.*
2. *El que tiene por objetivo determinar el ámbito de aplicación de las normas jurídicas.*

El primero de esos planteamientos como hemos señalado tiene un punto de partida definido en las ideas de Federico Carlos Savigny.

La noción básica de la doctrina de Savigny puede resumirse de la manera siguiente: la persona es el centro de toda relación jurídica, y en la medida en que celebra actos jurídicos conforme a derechos distintos, ese centro de relación tiende a ampliarse. De esta suerte, la persona entra en contacto con diversos sistemas jurídicos y, por tanto, habrá necesidad de conectar, de vincular a la persona y cada relación con sistema jurídico determinado. La vinculación resultará diferente: a las personas se les conectará con su domicilio (*que es el centro por excelencia de la relación jurídica de los individuos*) y a las relaciones en sí mismas con su **asiento o sede**, que habrá de determinarse en cada caso concreto. La vinculación no ofrece gran problema por lo que se refiere a las personas, pero en ciertos casos, como el de las obligaciones convencionales, tendremos que **acudir a la voluntad de las partes, y en ausencia de esta el lugar de la celebración o de ejecución de aquellas.** Savigny se inclina por esta última solución, es decir, la del lugar de ejecución. Pero hay otras sedes de acuerdo con la relación de que se trate. Por ejemplo, para encontrar la sede o el asiento de los derechos reales recurrimos al principio *lex rei sitae,* que nos indica que la sede se encuentra **en el lugar donde están ubicados los bienes**, y será ese sitio de ubicación el que nos señale la ley aplicable para regular esos derechos. En el caso de la celebración de los actos, se recurrirá al lugar de su conclusión; en el caso de las obligaciones, al lugar de su ejecución; en un contrato de compraventa, al lugar de la entrega de la mercadería.

Por otro lado, tal vinculación se facilitará en la medida en que los sistemas jurídicos pertenezcan o no a una comunidad de derecho, que el autor refiere al derecho romano.

En los casos en que se pretenda la aplicación de normas ajenas a esa comunidad de derecho, su aplicación puede rechazarse conforme al concepto que el autor denomina *el límite del orden público internacional.* La razón es la siguiente: *el juez aplicará las leyes extranjeras que sean compatibles con los principios en que se funda su sistema jurídico*. Veamos un ejemplo:

> En Occidente tenemos *la influencia de principios judeocristianos que establecen el principio monogámico del matrimonio. Mal haría el juez en darle efectos jurídicos a un matrimonio poligamico,* ajeno a nuestros principios, de ahí que este deberá oponer a la ley poligámica (*una ley árabe, por ejemplo*) "*los límites del orden público internacional*" y, por tanto, desechar su aplicación. Se interrumpirá el tráfico jurídico internacional, pero será una situación necesaria y, en buena medida, extraordinaria.

Es importante ahora hacer una aclaración: en este ejemplo de *la ley musulmana que permite la poligamia,* su rechazo obedece a su *contrariedad con el concepto de orden público*; en el capítulo anterior, ante un ejemplo parecido dijimos que no la aplicación de la ley musulmana se debía a la aplicación de una **ley de aplicación inmediata.** Esto nos lleva a concluir que entre el concepto de orden público y la ley de aplicación inmediata hay un vínculo muy estrecho y, en ocasiones, difícil de diferenciar.

La conexión o vinculación propuesta por Savigny atiende principalmente a ciertas manifestaciones materiales de las relaciones que consisten en los llamados *puntos de contacto o conexión*, **como *el domicilio para las personas****, a fin de determinar el alcance legal de su personalidad;* ***la voluntad de las partes en el contrato o el lugar de ejecución para las obligaciones convencionales***. Conforme al criterio del domicilio podremos determinar cuáles son las normas aplicables al estado civil y la capacidad de las personas, y con base en el de la voluntad de las partes o el lugar de ejecución sabremos qué normas jurídicas se deben aplicar a las obligaciones convencionales cuando las personas u obligaciones se encuentren conectadas o vinculadas con más de un sistema jurídico. De esta manera habremos de determinar, según la terminología de Savigny, *el asiento o sede* de las personas o de las obligaciones y, en consecuencia, sabremos qué leyes les son aplicables.

La concepción de Savigny acerca del domicilio como punto de contacto o conexión para determinar las normas jurídicas aplicables al estado civil y capacidad de las personas merece algunos comentarios. El **primero** es de índole histórica: conforme a la concepción romana del origo, que ya hemos mencionado, esta significaba, a la vez, el lugar (el hogar) donde la familia y la persona se encontraban establecidas y donde la persona había nacido. Más adelante veremos que otros autores, como Mancini, proponen la nacionalidad (en vez del domicilio) como punto de contacto para las personas. El ***segundo*** comentario se refiere a una cuestión que debe quedar definida a fin de fundamentar nuestra exposición subsecuente; hay *dos sistemas para determinar el estado civil y la capacidad de las personas*: el de *ley de domicilio y el de ley nacional.* De acuerdo con el primero, como señala Savigny, independientemente de la nacionalidad de la persona, *su domicilio será el que cuente para los efectos de conocer su capacidad y estad civil,* ya que es ahí donde se supone que ha pasado su

vida o parte de ella y se ha regido de acuerdo con esa ley, ya que conforme a ella *adquirió su mayoría de edad, contrajo matrimonio, tuvo hijos y realiza sus negocios*.

El sistema del *domicilio* es seguido por Inglaterra, Estados Unidos de América y la mayoría de los países latinoamericanos, incluido México; en cambio, el *de ley nacional*, que tiene en cuenta solo la nacionalidad de la persona, al margen del domicilio en el que se encuentre sigue vigente en los países de Europa Continental. Veamos dos ejemplos:

> **El art**. 13 fracc. II del CCF establece: "*El estado y capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio*:" En cambio, el Código Civil francés establece en su art. 3°, párrafo 3: "Las leyes relativas al estado y capacidad de las personas rigen **a los franceses, incluso cuando residan en país extranjero**." Como se advierte, en el primer caso el énfasis recae en el domicilio y en el segundo, *la nacionalidad.*

Por otro lado la idea de Savigny acerca *de la vinculación o conexión* de las obligaciones convencionales por su lugar de ejecución, que atiende al principio estatutario de la *lex loci executionis*, *es una regla importante porque se refiere al lugar de cumplimiento de las obligaciones,* es decir, el lugar *en el que se va a entregar la mercadería, donde se va a hacer el pago, el sitio idóneo en caso de hacer una reclamación acerca de la mercancía*: ahí los peritos pueden determinar si se cumple con las especificaciones y la calidad requerida. Este principio se encuentra consagrado en la actualidad en una serie de ordenamientos jurídicos, entre los que pueden consultarse en el *Código Civil Federal (*art. 13, fracc. IV) *y el del Distrito Federal*, y los tratados como el de Montevideo de 1889 (art. 32). Ejemplos:

> **El art.** 13 fracc. V, del CCF establece en su primera parte que: "*los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse*…" Sin embargo, la propuesta de Saviny, hecha en el siglo XIX, fue referida al cumplimiento de obligaciones contractuales cuando los contratos tenían un solo lugar de cumplimiento. Ahora bien, si se analiza el fondo de la idea, se puede concluir que se trata de un punto de contacto muy importante: el lugar de cumplimiento de la obligación puede utilizarse en la actualidad cuando los acreedores múltiples, para centralizar en una sola ley la relación de estos con el deudor, para revisar la mercancía, etc.) No obstante, *hoy los lugares de ejecución o de entrega pueden ser varios.*

> *Otro ejemplo lo encontramos en la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores anotados en cuenta, aprobada el 7 de diciembre 2002, donde el intermediario relevante en la gestión de operaciones bursátiles tiene múltiples relaciones con los inversionistas, pero su gestión respecto de estos y sus valores* se centraliza en la ley aplicable al

> lugar donde debe cumplir con sus obligaciones*: el sitio de su establecimiento, el lugar del intermediario relevante donde este desarrolle sus actividades* (*place of the relevant intermediary approach)*.

Por otra parte, los criterios de sede de las relaciones jurídicas y lugar de ejecución de los contratos propuestos por Savigny como puntos de contacto fundamentales constituyen hoy en día, como conexiones importantes en las relaciones jurídicas tanto personales como convencionales; sin embargo, esas relaciones suelen tener un grado de complejidad que no existía a mediados del siglo XIX, cuando Savigny plasmó por escrito sus ideas. No obstante, estas propuestas fueron el punto de partida para varios autores modernos que analizan el sistema conflictual desde una perspectiva supranacional. Y fueron el punto de partida sobre todo por el hecho de que Savigny fue un pensador que ilumino a un mundo que se debatía, en la Europa del siglo XIX, entre innumerables problemas, muchas veces ignorando que existía algo más allá de sus fronteras. Este espíritu universalista caracteriza gran parte del pensamiento jurídico actual en materia de DIPr.

Los puntos de vista del ilustre romanista alemán, expuestos hace más de siglo y medio, no han perdido aplicabilidad, lo cual realza el mérito del autor y el de haberlas difundido de manera brillante en su momento. Su pensamiento sigue vigente, en especial en cuestiones de derechos de familia, donde las diferencias entre el sistema jurídico occidental, el islámico y otros sistemas semejantes establecen distinciones a partir de su base cultural; sin embargo, hoy en día cierta unificación de criterios en materia comercial y en todo el mundo se habla un lenguaje jurídico parecido; por tanto, el principio del orden público se diluye en ese sentido.

No obstante, en sistemas jurídicos pertenecientes a una misma cultura o en materia comercial todavía hay límites para la aplicación de una ley extranjera, aunque ya no por falta de comunidad cultural, sino porque sencillamente se trata de materias que se consideran con la suficiente importancia interna, lo que no permite que la *ley extranjera se aplique*. Por ejemplo, los accionistas en una sociedad mexicana pueden celebrar múltiples acuerdos y designar como aplicable una ley extranjera a esos acuerdos, pero como ya vimos, no podrán disponer nada con relación a la *estructura, organización y funcionamiento de la sociedad* por que la *Ley General de Sociedades Mercantiles* es considerada de orden público y, por tanto, inderogable por voluntad de las partes.

La concepción moderna de la segunda de las tendencias mencionadas, *(la territorialista)* es decir, la que tiene por objeto determinar el ámbito de aplicación de las normas jurídicas, como ya lo mencionamos, se ha situado generalmente a partir de la escuela angloamericana del siglo XIX, de modo específico con las ideas de John Austin y Joseph Story.

Para Austin (1861), el concepto de derecho debe de partir del concepto *clave del mandato.* El derecho, según él, se integra de mandatos del soberano; de expresiones del deseo de una persona o de un grupo de personas, para que los demás se conduzcan de manera determinada. La persona o personas que emiten los mandatos lo hacen respaldadas por el poder y la voluntad de infligir un mal o un daño como castigo

en caso de desobediencia; el soberano lo es en cuanto logra obedecer habitualmente sus mandatos y ningún otro posee un poder semejante para imponer a sus súbditos un hábito de obediencia. La fuerza jurídica de los mandatos del soberano está condicionada a que se cumpla tal hábito de obediencía; sin embargo, la fuerza del mandato solo es posible dentro de un territorio: fuera de ese lugar del mandato carece de validez jurídica.

La tesis antes expuesta, como se advierte, guarda íntima relación con la idea de la estricta determinación del ámbito de aplicación de las normas jurídicas de un Estado, en el sentido siguiente: *las leyes son mandatos*, según Austin, y por tanto solo tienen validez territorial. El soberano debe entonces pretender que sus leyes sirvan únicamente para determinar su propio ámbito de aplicación. En este caso la regla de conflicto se estará utilizando de forma unilateral, porque como se indicó, según esta propuesta, su efecto es restringir en caso necesario la aplicación de la ley interna para que se aplique la ley extranjera. En el campo del DIPr algunos territorialistas aceptaron esa propuesta, en el sentido de que la regla de conflicto, al declarar incompetentes las leyes internas aplicables al caso, abre la posibilidad de que se aplique la ley extranjera.

Veamos ahora a Story, quien además de destacado jurista fue ministro de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos de América, posición que influyó en la difusión de sus ideas, y llegó a ser líder de la doctrina estadounidense en la segunda mitad del siglo XIX. En sus *comentarios sobre conflictos de leyes* (1834), fuertemente influido por las doctrinas territorialistas francesa y holandesa de los siglos XVII y XVIII. Joseph Story afirma: “En derecho, todas las leyes que expide el soberano no tienen fuerza ni autoridad fuera de los límites de su dominio, pero la necesidad del bien público y general de las naciones admite algunas excepciones por lo respecta al comercio civil.”

Story fundamenta esas excepciones en el concepto de derechos adquiridos (*vested rights)*. Así, los derechos adquiridos en otro país deben ser reconocidos por el soberano mediante el concepto de *comity,* una especie de cortesía, pero su reconocimiento y validez deberán hacerse siempre que no se lesionen los poderes y derechos de sus ciudadanos, una idea del orden público. Un ejemplo es el siguiente:

> **El art.** 13 del CCF, fracc. I, recoge esta idea al establecer que: “*Las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas*.”.

Se trata del *matrimonio, la adopción, la celebración del contrato que generaron derechos y estos son los que hay que reconocer, a pesar de las fronteras nacionales; para obtener ese fin, de acuerdo con Story*. El soberano por cortesía, (*comity*) acepta que esos derechos sean reconocidos dentro de su territorio.

Según Story, las normas jurídicas internas deben prevalecer, y pone fuerte énfasis en el sistema nacional, que debe tener en cuenta solo de modo excepcional la existencia y el valor de otros sistemas jurídicos. Este punto de vista es retomado y desarrollado posteriormente por otros autores que para los efectos de este capítulo hemos inscrito en la corriente denominada *internista o territorialista.*

Para concluir, es importante mencionar que, desde el punto de vista histórico, la concepción del derecho a la cual pertenece Story estuvo fuertemente influida por el

pensamiento inglés, con gran arraigo en los derechos reales, por lo que se concedió un *valor muy importante a la propiedad inmueble*, lo que se reflejó en las ideas territorialistas. Otro factor de influencia de carácter académico, fue el siguiente: *a consecuencia de los movimientos de reforma en Inglaterra, varios juristas ingleses realizaron sus estudios en Holanda, país en el cual había tolerancia religiosa y como se recordará*, en el país se desarrollaron también las doctrinas territorialistas francesas del siglo XVI.

6.3 Corriente supranacionalista.

Como hemos señalado, el común denominador de esta corriente es el énfasis en los elementos de carácter internacional, donde se deben nutrir los derechos internos. Subdividiremos esta tendencia en dos grandes grupos: el *de los internacionalistas y el de los universalistas*.

Internacionalistas.

A finales de siglo XIX y principios del siglo XX diversos autores dieron primacía a la comunidad jurídica internacional. Había razones para ello: Europa gozaba de paz por primera vez en muchos años. Zitelmann, uno de los internacionalistas, distingue dos tipos de normas jurídicas:

1. Las normas de origen *internacional*, que tienen como destinatarios a los Estados.
2. Las normas de origen *nacional*, que se expiden para solucionar, dentro de este ámbito, problemas derivados del tráfico jurídico internacional (*normas de conflicto*).

Es decir, en cuanto a las normas internacionales, son normas acordadas por los Estados mediante convenios o tratados internacionales en los que los propios Estados se obligan a resolver, de manera determinada los problemas que presenta el trafico jurídico internacional y, al mismo tiempo deben de resolver, de forma subsidiaria, otra serie de problemas por medio de normas conflictuales nacionales (Yanguas Messía).

Un segundo autor es Pillet, quien dirige su análisis hacia la soberanía estatal y a lo que él mismo denomina el *fin social de las leyes*. Para este autor, los conflictos de soberanía se dan en un Estado que acepta la aplicación de leyes de otro Estado. Pillet afirma que el DIPr no establece en ese sentido reglas precisas y solo existe el principio básico conforme al cual es necesario que cada Estado otorgue un respeto máximo a la soberanía de los demás Estados (Batiffol).

El fin social de las leyes, según Pillet, debe quedar asegurado y para ello se deben distinguir, entre otros, dos caracteres propios de toda ley: *el de su generalidad y el de su continuidad.* Conforme *al primero,* las leyes son expedidas para regir dentro de un determinado territorio, lo que suele resultar indispensable para garantizar la vida

colectiva. Mediante el *segundo*, el de su continuidad, la ley protege la vida jurídica internacional de los individuos. Este último es el carácter que deben tener las normas de DIPr.

En esta concepción internacionalista también podrían quedar inscritos otros autores de la época como Donati, en Italia; Conde y Duque, en España y Bustamante y Caicedo Castilla, en Latinoamérica.

Es importante señalar que las propuestas de esta escuela, especialmente en el rumbo marcado por Zitelmann, renacieron **primero** *con la Conferencia Permanente de la Haya de Derecho Internacional Privado* (1954), la cual, por medio de sus numerosas convenciones aprobadas, ha creado un verdadero sistema internacional en materia del DIPr, y ***segundo****,* en el ámbito latinoamericano, en el que mediante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, (CIDIP) a lo largo de sus siete reuniones realizadas en los últimos 35 años, y de manera especial con los grandes desarrollos jurídicos internacionales que se producen en el interior, de los tratados de libre comercio, se planea crear un nuevo sistema internacional en la materia mediante una serie de convenciones. Aunque se trate de sistemas jurídicos en principio regionales, uno principalmente europeo y otro latinoamericano, el sueño de estos internacionalistas sigue vigente establecer, por medio de tratados internacionales, las reglas de conflicto que garanticen la continuidad del tráfico jurídico internacional.

Universalistas.

Las ideas de estos autores tienen su origen en la obra del holandés Jitta (1890), quien considera que el DIPr puede estudiarse desde dos perspectivas:

1. *La del Estado considerado individualmente.*
2. *La del Estado que forma parte de una comunidad internacional.*

En el *primer caso*, todo Estado tiene el deber de respetar a “los individuos que componen la sociedad jurídica universal”, y para cumplir con este principio es necesario que así lo prevea en su ordenamiento interno. En el *segundo caso,* por ser parte de una comunidad, los Estados tienen el deber común de resolver, de manera homogénea, los problemas derivados del tráfico jurídico internacional mediante vías idóneas: tratados, leyes uniformes, etc.

A partir de la idea de que los individuos componen la sociedad jurídica universal, Jitta considera que la “*soberanía legislativa estatal: el poder del Estado, es el representante local del poder público de la humanidad*”, y cuando “el poder de varios Estados obra de acuerdo”, resultará “el poder conjunto de los Estados sobre la humanidad entera”.

Los argumentos acerca de una idea universalista del DIPr no tuvieron mayor eco en su época, aun cuando a ellos se afiliaron importantes autores alemanes como Von Bar (1889), Frankenstein en (1926); sin embargo, hoy en día el concepto del individuo y el deber de su protección en escala universal por parte del Estado en lo individual y de los Estados en conjunto, ha vuelto a surgir bajo la idea del respeto a los derechos humanos.

Una variante en la tendencia anterior es la que sostiene Pascual Estanislao Mancini conocida como *nacionalista*. En efecto, en su cátedra inaugural en la Universidad de Turín (1851) y más tarde en una ponencia presentada en el Instituto de Derecho Internacional (1874) Mancini se refirió a la necesaria aplicación extraterritorial del derecho función de la persona, la cual pretendía justificar con la idea de la *"justicia internacional"* a la que deben someterse los Estados bajo el riesgo, en su caso contrario, de violar el derecho de gentes y con ello afectar a la "*comunidad del derecho fundada en la sociabilidad de la naturaleza del hombre*".

Mancini parte de la idea de que al elaborar y expedir las leyes nacionales el legislador ha tenido en cuenta la mentalidad de su pueblo, así como su *cultura: lengua, raza, costumbre*, las cuales son la expresión de su "*ser nacional*". De esta manera, resulta indispensable que la ley nacional de los individuos se aplique dondequiera que estos se encuentren principalmente para regir su capacidad, estado civil y demás derechos "*de carácter privado*". Esta aplicación, que incluso puede llegar a ser *extraterritorial,* es susceptible de sufrir tres excepciones:

1. *Cuando exista una ley de orden público que lo impide y que prevalezca.*
2. *En materia de actos jurídicos cuando la forma de celebración sea regida por las leyes del lugar en que se otorguen.*
3. *Si la persona se acoge al principio de autonomía de la voluntad en caso en el cual prevalecerá la ley designada aplicable por esa persona.*

De esa manera, a partir de la antigua idea estatutaria y del principio establecido en el artículo 3° párrafo 3 del Código Civil francés de 1804, Mancini propone el establecimiento de un sistema generalizado de aplicación del derecho basado en el principio de la nacionalidad, que garantizaría el respeto a la persona humana donde quiera que se encontrará y, además susceptible de solucionar los problemas derivados del tráfico jurídico internacional. Esta idea se sigue actualmente en los sistemas jurídicos de Europa continental, donde, como dijimos se plantea aun la aplicación de la *ley nacional de las personas para regir su capacidad y estado civil*, a diferencia de Inglaterra, Estados Unidos de América y la mayoría de los países latinoamericanos, donde se sigue un sistema distinto consistente en aplicar en dichos *casos la ley del domicilio de las personas sin tener en cuenta su nacionalidad.*

6.4 Corriente internista o territorialista.

En esta segunda tendencia estamos frente a una variedad más amplia de ideas, lo cual no facilita la labor de clasificación de ahí que debemos encontrar un común denominador del cual partir y es el siguiente: que se trate de autores cuyas ideas se concentran de manera primordial la forma cómo se debe determinar el ámbito de aplicación de las normas jurídicas en plano interno, dejando el problema de la aplicación de las leyes extranjeras como algo marginal.

Hablaremos en forma *indistinta de corrientes internistas o territorialista* ya que si bien algunos autores consideran que existen diferencias de fondo entre ellas, en realidad los internistas de nuestra perspectiva pueden ser considerados como territorialistas por lo que sólo haremos mención de las ideas territorialistas propiamente dichas. La única excepción respecto de estas ideas la haremos al mencionar por separado los planteamientos por tener una propuesta que se separa de las ideas territorialistas en algunos aspectos técnicos importantes. Para lograr una exposición breve de estas ideas y lo más diferenciadas posible, para facilitar el lector, las hemos reagrupado cronológica y geográficamente según se han expresado en Francia Inglaterra Estados Unidos de América y Latinoamérica

Francia.

El retorno de las ideas territorialistas en Francia se debe principalmente a las obras de Foelix (1843) y Vareilles Sommiéres (1897). Sin embargo, el máximo sistematizador del territorialismo francés fue Jean-Paulin Niboyet (1924), cuya amplia obra constituye una propuesta completa sobre el tráfico jurídico internacional con una base territorialista.

Según Niboyet, "*cuando decimos que una ley es territorial, deseamos expresar que la misma rige a todos los hechos realizados en un determinado territorio que interesan al mismo*". Es decir, en principio la ley normalmente aplicable será la ley del foro, en relación con los hechos que se produzcan dentro de su ámbito territorial de validez, y sólo en un número limitado de casos, como excepción, podrá permitirse la aplicación de la ley extranjera. Esto no significa que el juez apliqué de modo invariable a todos los casos de su propia ley, lo cual, además de ser una solución obsoleta −según el autor citado−, resultaría contraria al comercio internacional.

En tales casos, de acuerdo con Niboyet, lo que el juez debe aplicar *son sus normas de conflicto* y *no sus normas materiales*. Él afirma: "Cuando legislador elabora una ley, tiene en mente establecer una reglamentación para su territorio", y como consecuencia del necesario equilibrio de competencia territorial, del país mejor calificado para resolver cualquier conflicto es aquel cuyo territorio se desarrollan en cada caso concreto los hechos susceptibles de crear un derecho.

Los resultados del sistema propuesto por Niboyet son: "*Respeto máximo de los derechos de cada Estado y de su soberanía, en aquello que le sea esencial, pero también respeto universal de los efectos de dicha soberanía*.

Otro autor francés inscrito en esta corriente es Pierre Louis-Lucas (1935), para quien todo conflicto de legislaciones "engloba tres grupos de intereses: *el privado, de los individuos como parte en el litigio, el nacional de los Estados y el Internacional que se refiere la sociedad humana*".

El interés que debe predominar en el nacional. De esta manera, podrá lograrse una armonía legislativa en la medida en que cada Estado aplique su propia ley. Según Louis-Lucas *hay dos tipos de incompetencia de ley local*: ***la necesaria*** que revela la frontera extrema indispensable de la territorialidad, y ***la voluntaria***, de carácter secundario, que "muestra simplemente el hecho de que un Estado quiere restringir espontáneamente el campo de aplicación de su propia ley".

Como se desprende de las ideas de Niboyet y Louis-Lucas, existe una constante común en el sentido declarar competente incluso preponderante a la *lex fori.* Ambos autores concuerdan en que la ley del foro debe fijar de modo unilateral su propio ámbito de aplicación y, por último, para casos excepcionales, donde la propia ley interna no contemple determinadas hipótesis, *podrá esta declararse incompetente para permitir la aplicación de la ley extranjera, que reivindique competencia*. En otras palabras, para ambos autores el papel que desempeña la regla de conflicto es exclusivamente el de delimitación del campo de aplicación espacial de su norma material y, en los casos de incompetencia de esta, simplemente permitió la aplicación de la ley extranjera. A esta manera de concebir la función de la regla de conflicto también se le ha denominado *unilateralista*.

Inglaterra.

Influido por la tendencia territorialista inglesa, Dicey (1896) sostiene en su obra el *principio de que la aplicación de la ley extranjera en el foro debe darse de manera excepcional*; recogiendo la idea de Story, afirma que esa excepción tiene que justificarse en el principio de los *derechos adquiridos,* siempre que su objeto sea obtener resultados más justos. Para Dicey el DIPr, se basa en *dos principios*: *la* ***competencia judicial*** **y** ***los conflictos de leyes***. Así, todo derecho debidamente adquirido conforme a las leyes de un Estado debe ser generalmente reconocido por los tribunales ingleses, a menos que tal derecho sea contrario al principio del orden público del derecho inglés. Esta actitud refleja la preocupación típica de un jurista que pertenece al sistema del *Common Law*: concederle primacía al reconocimiento de derechos por la autoridad judicial.

Tal vez una de las principales aportaciones de Dicey haya sido la recopilación de diferentes casos fallados por las cortes inglesas y su intento por derivar de ellos principios generales que puedan guiar la actividad futura de los juristas en especial la de los jueces.

Por su parte Cheshire (1935) crítica que *la doctrina elabore principios generales en la materia*, en clara alusión a la *labor de recopilación de principios jurisprudenciales* realizada por Dicey; y se inclina *por un método de análisis caso por caso para resolver este tipo de problemas*. Este autor otorga importancia a la manera como la norma

jurídica extranjera debe ser determinada y aplicada por los jueces ingleses, y sostiene que la aplicación de dicha norma no afecta la soberanía estatal en la medida en que aquella sea aplicada en el foro por mandato de la propia norma de conflicto. Cheshire aporta elementos para discutir el problema de *calificación.*

Darle *la primacía a la actividad judicial*, como lo hace Dicey, tiene su base en el viejo proverbio inglés: *prior remedies than rights*, o sea, ***primero el procedimiento* y *luego el derecho aplicable***, lo que revela el sentido práctico anglosajón. La idea de los derechos adquiridos va a regresar a Estados Unidos y será desarrollada por *la doctrina y la jurisprudencia de ese país*. Al mismo tiempo surge la necesidad de recopilar fallos de las cortes, labor que desempeñó Joseph H. Beale la Unión Americana.

Dos autores ingleses contemporáneos Peter M. North y J. J. Fawcett, ambos profesores, en una obra en coautoría se refieren a la idea de los tribunales ingleses de otorgarle siempre primacía a las leyes inglesas, ya que los principios teóricos sobre si se trata de una ley personal o de una real son "*extraños en la tradición del Common Law*". En ella, sostienen los autores, "*el instituto del abogado inglés es analizar y proponer una regla fruto de una paciente práctica de la abogacía dentro de sus actividades y expectativas humanas*". Dicho en otras palabras, hay un rechazo en las reglas fijas, es mejor crearlas conforme a la experiencia y la práctica. Se trata de un derecho cuyo fin es "*promover la justicia y la convivencia*", que finalmente tendrá que ser reconocido por las cortes inglesas al resolver los múltiplos problemas con elementos internacionales. No es un planteamiento únicamente pragmático porque los autores apuntan a estas mismas cortes producen, a través de sus resoluciones, *un robusto cuerpo jurisprudencial que es analizado por la doctrina,* y está es leída por los abogados y los jueces, en un círculo virtuoso.

Estados Unidos de América.

En este país hasta mediados del siglo XX la doctrina moderna siguió dos direcciones más o menos definidas la que se inició en la universidad de Harvard y la adoptada en la universidad de Yale.

En Harvard Joseph H. Beale retomó la idea de Dicey acerca de los derechos adquiridos que como se recordará había sido propuesta primero en Estados Unidos por Story), y al igual que Dicey, llevó a cabo una enorme y valiosa labor de recopilación de la jurisprudencia estadounidense, sistematizó y extrajo los principios fundamentales del DIPr, hasta culminar con el primer *Restatement of Conflict of Laws,* o recopilación de casos jurisprudenciales en materia de DIPr, (1935).

De manera similar Dicey, Beale pretende derivar de la jurisprudencia la serie de principios en los que se inspira el sistema del *Common Law* y, en caso de inexistencia de algunos de estos, habrá que deducirlos de la interpretación de los casos que hayan

fallado. Este modo de proceder fue continuado por varios autores estadounidenses como Cheatham, Freund, Leflar, Trautman, Goodrich y, particularmente, Willis L. M. Reese, quien, con el apoyo de los anteriores, otros juristas y del American Law Institute, publicó en 1971 el *segundo Restatement*.

En Yale, Ernest G. Lorenzen y Walter W. Cook encabezan una corriente opuesta a la de Harvard, en la que pugnan por dejar en plena libertad al juez y rechazan que a éste se le puede imponer limitaciones fundamentadas en principios generales. Se trata de saber "*lo que hacen los jueces y no lo que deben hacer*". En estas condiciones, es necesario lograr la "*mejor solución en cada caso concreto*".

En respuesta a la idea de los *derechos adquiridos*, los autores citados proponen una nueva interpretación de la aplicación del derecho extranjero: cuando los tribunales aplican una ley extranjera "*crean una ley interna semejante*" (*on ground of social convenience*), con el objeto de "otorgar derechos parecidos a los que la ley extranjera otorga en el caso concreto".

A esta propuesta la denominan *teoría del derecho local* (*local law theory*), la cual se asemeja la expuesta en México por Eduardo Trigueros y en Italia por Roberto Ago.

Lorenzen y Cook sentaron las bases para que otros autores estadounidenses desarrollaran una serie de propuestas que posteriormente integraron lo que se llamó *la revolución conflictual*. Esta revolución es una crítica al planteamiento tradicional y concretamente a la utilización mecánica de la regla del conflicto, que en un sistema rígido como los sistemas jurídicos de derecho codificado se emplea sin evaluar principios de Justicia que podrían presentarse en un caso concreto. Ejemplo:

> *Si referimos el cumplimiento de las obligaciones convencionales a una regla de conflicto, esta automáticamente nos dirá: el derecho aplicable es el lugar de ejecución de la obligación. Esta indicación puede ser conveniente, pero no en todos los casos porque las relaciones jurídicas y en especial las internacionales suelen ser complejas, por tener una variedad de puntos de contacto con diversas leyes. El cumplimiento de una obligación o de obligaciones vinculadas, como el lugar de entrega de la mercancía y del pago, tiene una sencillez exagerada, pues aun en un caso semejante puede resultar que la obligación tenga efectivamente un lugar de cumplimiento definido, pero que la naturaleza de la obligación no haga posible cumplirla en un solo lugar y el pago deba darse en condiciones que no coincidan con el lugar en que las partes convinieron.*

Por ejemplo, la prestación de un servicio puede realizarse en México. lugar del cumplimiento de la obligación, pero por diversas circunstancias (fiscales, laborales etc.) otra parte de ese cumplimiento debe darse en el extranjero. Otro *tanto sucede con el pago: aunque el lugar pactado fue, digamos, Venezuela*, el *deudor puede solicitar que*

el pago de realice en un país distinto debido a una limitación en materia de control de cambios que se ha establecido en esa nación. En resumen, el contenido de una relación internacional hace que deba interpretarse con *flexibilidad y justicia.*

Muchas de las ideas de los autores de la época que se reseña sirvieron de base para que un movimiento posterior revisara y criticara las ideas tradicionales y clásicas en la disciplina. Por otra parte, la *revolución conflictual*, como se le llamó, ya ha pasado y ahora algunos autores estadounidenses, por lo menos los más significativos parecen volver, con ideas renovadas, a la utilización de algunos conceptos tradicionales, aunque sobre nuevas propuestas, dentro de la que podría llamarse genéricamente la *posrevolución conflictual*.

Examinaremos ahora las propuestas de tres de los autores más relevantes que dieron origen a la revolución conflictual: Brainerd Currie, David Cavers y Albert A. Ehrezweig

Según Currie, en cada caso concreto es necesario determinar si existe un interés estatal o gubernamental por aplicar la ley del foro, y sólo en *los casos que esto no suceda los tribunales locales podrán declararse competentes para conocer del asunto que se le presente y, excepcionalmente, aplicar la ley extranjera*; en otras palabras, para el autor citado deben prevalecer las *políticas legislativas de un Estado* y los intereses privados en cada caso unido a esas políticas, de tal manera que si los elementos del caso analizado por el juez apuntan en interés de las leyes del Estado, estas deben aplicar sin tomar en cuenta otra consideración, por lo que no existe el recurso de la regla conflictual a menos que ese interés lo permita. Aunque Cavers otorga a la regla de conflicto una función subsidiaria, no la excluye en su totalidad. La idea se basa en el principio que el autor propone, que es el del análisis del interés gubernamental (*governmental interestelar analysis*) y consiste en que el juez local siempre lo debe tener en cuenta en su análisis y aplicarlo en primer lugar.

Cavers, a su vez, crítica al sistema conflictual tradicional por considerarlo un procedimiento "*mecánico*" y "f*ormalista*" que no toma en cuenta el contenido de las normas susceptibles de ser aplicadas, y propone que el objeto de todo sistema conflictual sea alcanzar la justicia en cada caso concreto, para lo que se deben aplicar las "*reglas de selección de jurisdicción*" (*jurisdiction selection rules*), así como las determinantes para el "*resultado final del juicio*" (result selection rules) más convenientes. Es decir, se deben aplicar primero las reglas que nos llevan a determinar la jurisdicción del juez que es competente para que este defina las leyes que deberá aplicar, que después de un análisis serán las que puedan resultar más convenientes (selection rules), sin que necesariamente deba atenerse a reglas formales de conflicto.

La posición de Cavers fue sensiblemente modificada por él mismo, ya que posteriormente otorgó mayor importancia *la seguridad jurídica que la justicia*, y así planteó un tipo de reglas conflictuales (*principles of preference)* por las que el juez debe

guiar sus decisiones, aunque se trata de reglas de conflicto menos rígidas, que podríamos ilustrar con los puntos de contacto: la relación más estrecha la actividad preponderante, es decir, reglas de conflicto que ante una posible aplicación de varias leyes permiten optar por aquella regla que significa "*la relación más estrecha*" con el caso, o bien, ante la diversidad de prestaciones en un contrato, este se regirá por la prestación característica. Por su parte, Ehrenzweig otorga cierto valor a las normas de conflicto tradicionales (choice of law rules, basic rules), pero sostiene que la ley del foro debe ser la predominante y que está solo podrá derogarse cuando así esté previsto expresamente por el orden jurídico al que pertenezca; es decir, cuando una regla de conflicto interna así lo establezca de manera expresa.

Otros más o menos contemporáneos de los anteriores, como Yntema, Leflar, Cheatham y Reese, fueron decisivos para el desarrollo de las ideas que constituyeron la revolución conflictual. *El primero* propuso una amplia lista de reglas de conflicto que el juez podría utilizarse una obligación específica. *El segundo* Leflar, con su Choice-influencing considerations, plantea a los jueces amplios parámetros dentro de los cuales pueden resolver los casos que se les presentan.

Los dos últimos Cheatham y Reese, en especial este último, se dieron a la tarea de glosar los principios derivados de la jurisprudencia estadounidense y como ya señalamos tomando en consideración las nuevas propuestas redactaron el segundo *Restatement of conflict of laws*.

Antes de seguir es importante mencionar un hecho que nos ayudará a redimensionar la doctrina estadounidense contemporánea. Puesto que los Estados de la Unión Americana tienen sus propias leyes, *civiles y comerciales* y sólo por excepción aplicar las leyes federales, debido un intenso tráfico jurídico Interestatal en Estados Unidos se provoca el mayor número de conflictos de leyes, que supera con mucho los que se suscitan en el resto del mundo. Un panorama similar enfrenta seguramente la Unión Europea una vez que funcionen a toda su capacidad los acuerdos derivados de los tratados de Maastricht y de Amsterdam. De ahí que la cantidad de jurisprudencia estadounidense en la materia y el número de autores sobrepasen con mucho la expectativa de un libro como el presente.

Entre los autores actuales y que podríamos enmarcar en la posrevolución conflictual cabe distinguir a Von Mehren, Trautman y Juenger. Los *dos primeros* han propuesto un método que denominan fuctional approach, y el último, un sistema basado en la justicia multiestatal (*multiestate justice*).

La propuesta de Von Mehren y Trautman se basa en las finalidades que el juez del foro debe tener en cuenta para llevar a cabo su análisis. Así, el razonamiento de decisión que el juez utiliza cuando conoce y decide casos internos será diferente al que empleó cuando se trata de casos con elementos distintos de su derecho local. Asimismo. El

juez del foro debe tener la libertad suficiente para adecuar su norma de conflicto con objeto de identificar una mayor cantidad de puntos de contacto que le permitan determinar la ley aplicable con más seguridad. Se trata de utilizar en forma amplia una regla de conflicto que permite identificar con mayor precisión la ley aplicable en ciertos casos −por lo general comunes en el tráfico jurídico internacional−, tomando en cuenta una multiplicidad de puntos de contacto en lugar de uno solo.

Para Juenger el objetivo es que el juez imparte justicia dentro de los límites del derecho, límites particularmente amplios cuando los actores en las transacciones internacionales exigen la elección de un derecho, convirtiendo en supremo el deber de promover la justicia multiestatal.

No obstante, los grandes avances que *la jurisprudencia y la doctrina* en este país han desarrollado, el espíritu territorialista sigue estando en la mente de la sociedad americana, un ejemplo es el plebiscito en Oklahoma en el que se votó entre otras cosas que no se aplique la ley extranjera en este Estado de la Unión Americana

Latinoamérica.

En 1485 se inició la Reconquista de España; en la medida que se expulsaba a los árabes del territorio español, las comunidades aplicaban, de manera general, sus propias leyes, sus fueros a toda persona que se encuentre o habitara en el lugar, de un modo medieval de aplicar la ley. Con el tiempo, esta forma de aplicación del derecho fue delineando lo que más tarde se conoció como el *territorialismo español*. Esta concepción también puede encontrarse en las leyes expedidas por la Corona española en un esfuerzo de unificación legislativa; este es el caso del *Fuero de Castilla* (1272), la Recopilación de las *Siete Partidas* (1348), *las Ordenanzas Reales* (1492), las *Leyes del Toro* (1505), y especialmente la *Nueva Recopilación* de (1567), cuerpo legal que se aplicó ampliamente en los territorios coloniales durante más *de tres siglos*.

Otro factor que influyó para afirmar el territorialismo fue el principio del exclusivismo colonial, que consistía en la prohibición a todo individuo que no fuera súbdito de la Corona española de ingresar en sus territorios.

Con el proceso de independencia de las naciones iberoamericanas incubó un sentimiento nacionalista que contribuyó al desarrollo de esa concepción territorialista, lo cual sucedió en Sudamérica en el siglo XIX y en México en el siglo XX como producto de la revolución.

La *primera tendencia territorialista* que influyó más profundamente en la legislación centro Sudamericana es la que se deriva del *Código Civil chileno* de 1855. Andrés Bello su autor desempeñó cargos diplomáticos en Londres por casi 20 años y ahí tuvo contacto con la jurisprudencia inglesa de carácter territorialista, concepción que se hace

manifiesta en la obra que escribe durante su estancia en Inglaterra: Principios de *Derecho Internacional* a su vuelta a Chile se consagra a la enseñanza y en 1835 comienza la redacción del Código Civil. En su concepción del DIPr, tanto en su obra escrita como en las ideas que expresa el Código Civil, Bello parte de los tres conceptos generales: *denominación, imperio y soberanía*. El ***primero*** se refiere al poder que el Estado ejerce sobre las cosas que se encuentran dentro de su territorio y que se conoce como *dominación*. En la medida en que esta denominación se consagra las leyes toma el nombre de *imperio* y, de este modo establece mandatos para las personas. El **imperio** produce efectos sobre los ciudadanos y sobre todos los extranjeros que se encuentran dentro de su territorio; en el caso de estos últimos el Estado no puede dictar leyes sobre sus personas por tratarse de individuos que no pertenecen a la comunidad nacional, a menos que esto se encuentre dentro de su territorio dentro de sus límites establecidos en el mar. Es territorialismo nos indica lo siguiente: en general, las leyes relativas al *estado civil y a la capacidad de los ciudadanos del Estado chileno se aplican a estos es cualquiera que sea el lugar en donde residan*. Puede decidirse de esta manera que esas leyes van con los ciudadanos donde quiera que estos se desplazan. Bello abrió con este planteamiento la posibilidad de la aplicación extraterritorial de las leyes mediante el estatuto personal.

Sin embargo, la expresión de estas ideas no se tradujo fielmente en la redacción del Código Civil chileno en el artículo 14 establece que la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluidos los extranjeros. De ello podría derivarse que la posibilidad de subsistencia del estatuto personal de los extranjeros en Chile desaparece lo único aplicable es la ley chilena. Este planteamiento ha sido discutido y en ocasiones criticado por la doctrina chilena. El hecho es que hoy, dada la total apertura del sistema jurídico chileno hacia el mundo, ese principio territorialista a resultado obsoleto.

La doctrina chilena tiene, entre otras, *dos interpretaciones: una territorialista*, sostenida por Clemente Fabres y Claro Soler, quienes afirman que el artículo 14 del Código Civil chileno el legislador no ha dejado duda alguna de que la ley chilena es aplicable a todo individuo que se encuentre dentro de su territorio. La *otra interpretación,* sustentada por el profesor Jaime Navarrete, considera que en realidad el legislador sólo quiso afirmar el principio general de que el sistema jurídico chileno rige en Chile qué se trata de un sistema que adopta el *domicilio como ley personal*.

La *segunda tendencia territorialista* sudamericana, que podemos denominar del *territorialismo relativo,* se inicia en el Código Civil argentino de 1871, que redacta, junto con otros códigos y disposiciones, el jurista Dalmacio Vélez Sarsfield. De acuerdo con el artículo 1° de dicho Código, *las leyes son obligatorias para todos los habitantes del territorio de la República, ya sean ciudadanos extranjeros* disposición que tiene una marcada influencia del Código Civil chileno; sin embargo, este criterio general es

matizado por otras disposiciones en el mismo Código que sostienen *expresamente la capacidad o incapacidad de las personas a las leyes de su domicilio.*

La profesora Argentina Inés Weinberg de Roca considera que la noción del domicilio como punto de contacto en Argentina se encuentra bien afirmada, y para que pueda considerarse que existe domicilio se requiere la persona física de la persona (*el hábeas*) y el deseo de ésta de querer domiciliarse en territorio argentino (*el animus*).

Estos dos códigos civiles influyeron decisivamente en casi toda la legislación centroamericana y sudamericana. Un factor que contribuyó en este sentido fue el hecho de que gran parte de estos países se convirtieron a partir del siglo XIX en países de inmigración, y la aplicación de la ley del foro solucionaba muchos problemas.

Con el tiempo, ese carácter marcadamente territorialista ha cedido a favor de soluciones de naturaleza internacional, lo que dio lugar a que durante el siglo XIX se gestara una serie de movimientos convencionales de carácter internacional promovidos con objeto de encontrar soluciones a los problemas derivados del tráfico jurídico internacional, mediante disposiciones de carácter supranacional. Así, Sudamérica se constituyó en la región precursora en el mundo en materia de tratados internacionales sobre el DIPr, primero con el tratado de Lima de 1877-1878, después con los Tratados de Montevideo de 1889, que más tarde fueron revisados en (1939-1940), la Convención del DIPr de La Habana en 1928, conocida como *Código de Bustamante*, está integrada por *437 artículos* y ha sido considerada uno de los esfuerzos más amplios de discusión del DIPr de la época; y las actuales convenciones producto de la Conferencia Especializada Interamericana del derecho Internacional Privado (CIDIP), en las siete sesiones que ha realizado desde 1975.

Salvo excepciones, la doctrina latinoamericana actual mantiene una posición crítica a los sistemas y actitudes territorialista, posición que se advierte con claridad en las convenciones que han sido aprobadas por el CIDIP a lo largo de casi 35 años. En gran medida, la nueva tendencia convencional latinoamericana apunta hacia soluciones internacionales eficientes que facilitan el tráfico jurídico internacional, como lo demuestra la doctrina Sudamericana actual.

El territorialismo en México.

En México debido a sus circunstancias geográficas, el territorialismo no se ve influido por los códigos chileno y argentino, pues como lo veremos enseguida tiene un origen diverso y definido por sus circunstancias históricas, surgidas en las primeras tres décadas del siglo XX.

Con este fin examinaremos brevemente cinco aspectos:

1. *Su evolución histórica hasta 1932.*

2. *La entrada en vigor del Código Civil de 1932.*
3. *El territorialismo absoluto y la doctrina hasta 1988.*
4. *Los esfuerzos por lograr el cambio y la nueva legislación.*
5. *Algunas tendencias regresivas hacia un neoterritorialismo.*

En México la evolución fue diferente del resto de los países del subcontinente. En Latinoamérica, la influencia la legislación española subsistió incluso después de lograda la independencia; sin embargo, en varios de los documentos mexicanos libertarios se manifiesta una amplio *sentimiento de aceptación de los extranjeros*, a los cuales nos referimos a la primera parte de esta obra, como el artículo 2° *de Elementos constitucionales, de Ignacio López rayón* (1811); los artículos 10 y 16 *del documento Sentimientos de la Nación*, elaborado por *José María Morelos y Pavón* (1813) los artículos 14 y 17 del *Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana* (1814) y el artículo 12 del *Plan de Iguala* (1821).

En materia de legislación civil, la evolución también se desarrolló en sentido diferente. Gracias al desenvolvimiento cultural que significó a lo largo de tres siglos el Virreinato de la Nueva España, se crea una clase ilustrada de juristas que más tarde influyó para la transformación de la antigua legislación Civil Española se desarrollara sobre principios modernos, en la época estaban representados por la legislación francesa y concretamente por el Código Civil francés de 1804. La versión que finalmente se adoptó en el *Código* de 1870 fue elaborado por García Goyena en 1851 y que en gran parte era una buena traducción del *Código Civil francés*. De esta forma, en el Código Civil mexicano de 1870 quedó consagrada la teoría de los estatutos basada en la nacionalidad, conforme a la cual la ley aplicable al estado y capacidad de los mexicanos era la ley mexicana, no obstante que estos residieran en el extranjero. Respecto a la doctrina del siglo XIX en México en materia DIPr, podemos resumirla en lo siguiente: José Díaz Covarrubias sostuvo que el principio rector del DIPr se encuentra en la soberanía estatal y que esta es el fundamento de la independencia de las naciones. Por su parte Agustín Verdugo advirtió la necesidad de aplicar la ley territorial sobre todo la extensión del suelo nacional y que la ley pudiera tener aplicación *extraterritorial* en caso de requerirlo "*el bien público y general de los pueblos*". Isidro Montiel Duarte, por su lado al referirse a los artículos del Código de 1870 relacionados con el estatuto personal, explica que con base en ellos podemos determinar si el hombre es nacional o extranjero, si está en ejercicio sus derechos civiles, si puede *adquirir domicilio y cambiarlo, si es padre legítimo, mayor o menor de edad*, etc., por lo que resulta necesaria la aplicación de la ley en el *plano extraterritorial.*

Finalmente, Manuel María Seoane, al referirse al Código Civil, hace la consideración siguiente: "Bajo tres aspectos diferentes se halla el hombre sometido al poder de la ley: ***el de su persona, el de sus bienes y el de sus actos***; estos tres aspectos se rigen o *bien por la ley del lugar de la situación de sus bienes,* si la tiene estable y permanente

como los inmuebles, o por último, si se trata de la forma exterior de sus actos lícitos, por la del lugar donde aquellos se han pasado", lo cual está claramente definido en un sistema estatutario como el que establece el Código Civil de 1870.

A finales del siglo XIX y a principios del XX destacaron las ideas de otros autores, entre ellos Pedro Rodríguez (1903), José Algara (1889), Francisco J. Zavala (1903), Luis Pérez Verdía (1908) y Miguel V. Ávalos (1911).

La jurisprudencia mexicana del siglo XIX adquiere un considerable desarrollo en la materia se definen los principios siguientes:

a) *En materia estatuto personal se hizo prevalecer la ley española sobre la mexicana, al declararse la incapacidad minoría de edad de una persona de nacionalidad española a pesar de que, conforme a la ley mexicana, esa misma persona era mayor y capaz (caso Lizardi, Juzgado Segundo de lo Civil de la Ciudad de México, 11 de febrero de 1864). En materia de sucesiones, los bienes muebles se hicieron depender de la ley último domicilio del difunto (Suprema Corte de Justicia, 30 de septiembre de 1881).*

b) *En cuanto al estatuto real, se conformó el principio Lex rei sitae, (Tribunal Superior de Distrito, Cuarta Sala, 30 de septiembre de 1881) y lo mismo sucedió con el principio Mobilia sequuntur personam para el caso de los bienes muebles* (Tribunal Superior de Justicia del Distrito, Tercera Sala, 19 de noviembre de 1872).

c) *En materia de contratos se dictarón los principios Lex loci solutionis en cuanto al cumplimiento de las obligaciones derivadas de aquellos, (Suprema Corte de Justicia, 11 de marzo de 1872) y respecto de* la *forma el* principio locus regit actum (*Juzgado Tercero de lo Civil, 26 de marzo de 1874).*

d) *Finalmente, en relación con la competencia judicial existen dos sentencias significativas que se adelantan en más de 30 años a la jurisprudencia internacional de la época, en la primera a la jurisprudencia francesa en la segunda a las ideas de la escuela estadounidense que y examinamos.*

En el caso de *la primera sentencia*, la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró que el superintendente de la estación del ferrocarril de Veracruz tiene personalidad y, por tanto, los tribunales de ese lugar eran competentes para conocer, en vez de que la víctima tuviera que recurrir a los tribunales de la Ciudad de México, donde se encontraban las oficinas generales de dicho ferrocarril (13 de diciembre de 1873). La Corte de Casación francesa aceptó, en términos casi idénticos, la personalidad de cada sucursal para efectos del cumplimiento de obligaciones (15 de junio de 1909) bajo el concepto de *gares principales*, que más tarde se extendió a las sucursales de empresa

y, proyectado al *ámbito internacional*, ha servido para solucionar conflictos de competencia judicial en materia de sociedades.

La segunda sentencia citada (Juzgado Quinto de lo Civil de la Ciudad de México, 6 de marzo de 1871) se refiere a *la ejecución de una obligación personal contraída en el extranjero entre extranjeros* y en la cual, a pesar de esta circunstancia, el juez tomo como punto de contacto la residencia en México de uno de esos extranjeros, por considerar de interés que los tribunales mexicanos asumieran competencia para conocer el caso. A una forma semejante de proceder, como hemos visto, Cavers lo llamó un *governmental interest analysis,* el interés que tiene el juez en un momento determinado de declararse competente y conocer en de un caso por uno o varios puntos de contacto que la relación tenga con su propio sistema.

Las disposiciones estatutarias del *Código Civil de 1870 fueron reproducidas en el Código de 1884*; de esa manera, México confirmó una trayectoria diferente de la del resto de los países latinoamericanos, pero con motivo del *Código Civil de 1928, expedido en 1932,* se suscitó un cambio radical hacia la concepción territorialista, qué llamamos *territorialismo absoluto*. En nuestra opinión, las razones de este cambio son varias: *por una parte,* factores de orden *político y social* derivados del proceso revolucionario y *de las intervenciones y reclamaciones extranjeras, suscitadas por los daños a personas y bienes extranjeros durante la Revolución* y por otra, *la falta de un verdadero arraigo en la doctrina mexicana de las concepciones estatutarias,* además del escaso desarrollo de dicha doctrina en las primeras décadas del siglo XX.

La disposición clave en el Código Civil de 1932 que muestra la idea territorialista que se le imprimió, es la del artículo 12, el cual establecía: "*Las leyes mexicanas, incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas, se aplican a todos los habitantes de la República, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliadas en ella o sean transeúntes"*. De esta manera durante los 56 años (1932-1988) en qué estuvo en vigor el territorialismo absoluto, la jurisprudencia en la materia casi desapareció y la doctrina disminuyó sensiblemente, dado el poco interés que representaba un sistema jurídico cerrado hacia el exterior y con códigos civiles con los estados con disposiciones uniformes a las del *Código civil para el Distrito Federal*, que no suscitaban conflictos de leyes interestatales.

Por lo que se refiere a la doctrina, a lo largo de esos 56 años puede decirse que fue escasa. Pocos fueron los autores que escribieron alguna obra en este periodo: entre ellos puede mencionarse a Roberto Esteban Ruiz (1932), Eduardo trigueros (1938), Guillermo Gallardo Vázquez (1943), en la Ciudad de México, Alberto Arce (1943), en Guadalajara, José Luis Siqueiros (1945), Jorge Aurelio Carrillo (1965), también en la Ciudad de México, Enrique Estrada Aceves (1968), en Morelia y, por último Carlos Arellano García, quién publicó sus apuntes de clase, que en líneas generales se reprodujo en su libro publicado en 1974 y reeditado posteriormente.

Según Eduardo Trigueros (1938), todo Estado *es independiente y soberano dentro de los límites de su territorio*: "*La potestad normativa de cada Estado alcanza únicamente hasta donde empieza la potestad de otro sistema autónomo de derecho positivo*… así, la aplicación de las normas jurídicas de un Estado en el territorio de otro se puede dar única y exclusivamente por la voluntad autónoma [*de este último*]. Trigueros rechaza el principio de la "*absoluta territorialidad de la ley*", pues ello resultaría contrario "*al espíritu de utilidad y de justicia*", que es precisamente lo que obliga a admitir la aplicación de la norma extranjera. Así, sostiene que la aplicación de dicha norma en el foro se da en virtud de la norma de conflicto, la que, en realidad, crea una nueva norma que pasa a formar parte del sistema jurídico nacional.

En la obra de Trigueros se percibe la influencia de autores italianos; las características de creación normativa que plantea son cercanas a los planteamientos a los que más tarde realizó Rolando Quadri en Italia, al proponer el unilateralismo como medio de solución, en materia conflictual, a los problemas que se suscitan en y por el tráfico internacional. Trigueros es, a nuestro parecer, el *iusprivatista* mexicano más importante de la primera mitad del siglo XX, tanto por la innovación de sus ideas como por la extensión de su obra publicada.

José Luis Siqueiros (1945) sigue algunas de las vías trazadas por Eduardo Trigueros y basa su análisis principalmente en el sistema jurídico positivo mexicano. En su *Síntesis del derecho internacional privado* y en trabajos posteriores destaca el afán del autor por mostrar el problema de la materia en el sistema federal mexicano, así como formular propuestas para resolver algunos de esos problemas. Crítica al sistema territorial del artículo 12 del Código Civil y *propone que el estado y la capacidad de las personas deben regirse por la ley del lugar donde habitan*. En nuestra opinión, Siqueiros es un excelente comentarista del sistema jurídico mexicano en esta materia, y aunque su obra no es tan abundante como la de Trigueros, formación como abogado internacionalista lo lleva a plantear soluciones prácticas a casos concretos, lo que lo convierte en un autor cuya obra es de consulta obligada. Cabe añadir que Siqueiros ha sido una de las columnas sobre las que se sostiene el *arbitraje comercial internacional* en México.

Por su parte, Carlos Arellano García (1968) sostenía que "el DIPr *es un conjunto de normas jurídicas de más de un Estado que pretenden regir una situación concreta*". El autor circunscribe el objeto de la disciplina del sistema conflictual tradicional, para luego situar las normas conflictuales en el ámbito del derecho público al considerar que las normas de conflicto son obligatorias, dándoles rigidez las normas que por su naturaleza deben ser objeto de interpretación. También señalaba que los métodos de solución de conflictos son dos: *el interno y el Internacional*. En cuanto al *primero,* afirma que "*el Estado, con vista en sus propias necesidades, conveniencias, compromisos y opiniones, dicta las soluciones normativas que satisfagan mejor sus intereses y los del grupo social al que se gobierna: los intereses universalistas sucumben ante las*

necesidades locales". Respecto *del segundo,* el método internacional, el autor expresa que, conforme a este,

> *La solución de los llamados conflictos de normas jurídicas tiene como regla una disposición supraestatal nacida no de la voluntad unilateral de un Estado, sino del acuerdo expreso o tácito (tratados internacionales o costumbres internacionales) de varios estados, y por tanto, las normas que se elaboran para solucionar conflictos no se reducen a la satisfacción de las necesidades de una entidad estatal, sino que se enfocan a cubrir exigencias de la comunidad de naciones.*

Es entonces mediante acuerdos entre los Estados como se puede lograr esta solución; sin embargo, Arellano García sostenía una posición territorialista para la solución de los conflictos de leyes. En la época en que nuestro país tuvo un sistema cerrado hacia el exterior, este autor justifico *la no aplicación del derecho extranjero en México* mediante criterios de orden práctico en los términos siguientes:

> *No se ha requerido la búsqueda ni la interpretación del derecho extranjero aplicable; se ha reducido la necesidad de invocar el orden público y el fraude a la ley como medios para impedir en ciertas ocasiones la aplicación de la norma extranjera nociva, y la remisión ha perdido importancia sobre subterfugio para aplicar a toda costa la norma jurídica nacional en sustitución de la norma jurídica extranjera competente.*

Por otro lado, Arellano García afirmaba que en la determinación del derecho aplicable existe una "*vigencia simultánea de normas jurídicas de más de un Estado*", pero en realidad no hay "vigencia" de ninguna ley, pues como quedó expuesto mediante los conceptos citados de Romero del Prado y Miaja de la Muela lo que existe únicamente es duda acerca de la aplicación de una norma determinada,

Sin embargo, la posición de Arellano García, evidenciada en sus primeras obras, experimentó un cambio en los últimos años, ya que en la actualidad se inclina para encontrar soluciones a los problemas derivados del tráfico jurídico internacional con base en un territorialismo moderado y, en ocasiones con fundamento en el sistema internacional.

Volviendo al contexto del territorialismo en México a partir de 1932, a pesar de su prevalencia, la realidad mostró, desde la misma fecha de la expedición del *Código Civil,* que no era posible que una posición de esa naturaleza subsistirá con carácter *exclusivo y excluyente* y así, en el mismo año de 1932, se expidió la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*, cuyo título primero, capítulo VII, se dedica enteramente a "*la aplicación de las leyes extranjeras*". En el *Código de Comercio* y en el propio *Código Civil* hay varias disposiciones que *propician la aplicación de una ley extranjera.* Las modificaciones del *Código de Comercio*, como fueron, entre otras, la *Ley de*

Navegación y Comercio Marítimos, publicada en 1975 (ahora ya derogada), demostraron la obsolescencia del sistema territorialista.

En el plano internacional, durante este periódo territorialista México ratificó dos convenios internacionales vinculados con el DIPr: el *Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de Poderes*, de 1940, ratificado en 1953, y la Convención sobre el *Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de Naciones Unidas* de 1968, ratificada en 1971.

Ante una situación territorialista de este tipo y frente a un mundo que estaba en una profunda transformación, se levantaron voces. Mencionaremos a continuación los más importantes.

El Instituto Mexicano de Derecho Internacional Privado, fundado en 1968 por los juristas José Luis Siqueiros, Guillermo Gallardo Vázquez, Jorge Aurelio Carrillo, Julio César Treviño Azcué y Carlos Arellano García, se vio reforzado a principios de la década de 1970 por una nueva generación de juristas que, con los anteriores, contribuyó a dar un renovado impulso al DIPr en México entre ellos cabe mencionar a Laura Trigueros, Cloude Belair, Fernando Vázquez Pando, Víctor Carlos García Moreno y el autor de esta obra, a quienes posteriormente se le unieron Jorge Antonio Silva Silva, Luis Fausto Ornelas, María Elena Mansilla, Manuel Rosales Silva, Ricardo Abarca, Walter Frisch Philipp y Martha Imelda González.

En 1975, México participó con una delegación conformada con los juristas que han estado en torno a la Academia Mexicana en la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre el DIPr (CIDIP-I), en Panamá. En 1976 se llevó a cabo el Primer Seminario Nacional del DIPr, seminarios que se han celebrado sin interrupción hasta la fecha (37 en total). Este foro es hoy el más importante en México para la discusión de problemas relativos al DIPr y el derecho comparado y la principal fuente generadora de doctrina en la materia, que ya cuenta con más de 300 trabajos publicados.

En 1976 México empezó a participar como miembro permanente ante la recién creada Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional mediante dos profesores prestigiados: Roberto Mantilla Molina y José Barrera Graf, a quienes, a su muerte, sustituyeron José María Abascal, Alejandro Ogarrio y el autor de esta obra. En 1978 se ratificaron las primeras convenciones aprobadas en Panamá, En 1979 México participó en la CIDIP-II, con la representación de miembros de la Academia, en esta ocasión en Montevideo, Uruguay. En 1981 se constituyó la Asociación Nacional de Profesores de DIPr. En 1983 México y había ratificado siete convenciones interamericanas. En 1984 se participó en la CIDIP-III, en la Paz, Bolivia. En este último año se ratifica el estatuto de la Conferencia Permanente del Derecho Internacional Privado de La Haya, foro en el cual representan a México José Luis Siqueiros, María Elena Mansilla y el que esto escribe. Para el año 2009, el país ya era parte de más de

60 convenciones en la materia, lo que ha contribuido a robustecer el DIPr con un amplio derecho convencional internacional.

El décimo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado, celebrado en 1986, se presentaron una serie de ponencias de las que se proponían cambios a la legislación, con objeto de adecuarla al derecho convencional ya existente y hacerla compatible con las necesidades del tráfico jurídico internacional moderno. En dicho seminario se tomó la decisión de que la Academia nombrará relatores para reformular los trabajos presentados y así llevarlos a una nueva discusión el año siguiente.

Los relatores fueron, en *derecho procesal internacional*, José Luis Siqueiros, Fernando Vázquez Pando y Ricardo Abarca; *en el derecho laboral*, Laura Trigueros; en Código Civil el autor de esta obra. Después de un año de discusión interna y reformulación, en el Undécimo Seminario Nacional se presentó un nuevo DIPr. Con base en estas propuestas, la Secretaría de Gobernación, por medio de su Dirección General Jurídica, *formuló un proyecto que el Poder Ejecutivo puso a consideración del Congreso y que* fue aprobado entre el 7 y el 11 de enero de 1988.

Para Laura Trigueros, el derecho internacional privado y específicamente los conflictos de leyes deben resolver sobre una base internacional a nivel interno, con fundamento en principios modernos y mediante la utilización de las diversas técnicas establecidas. En algunas de sus obras se advierte la inquietud por vincular la sistematización del DIPr con el derecho del trabajo, ya que, según la jurista, "*el derecho del trabajo tiene una dimensión internacional innegable*" y, por tanto, "*se requiere de técnicas internas que resuelvan la relación de sus elementos con las normas provenientes de sistemas jurídicos diversos para la regulación de estas situaciones*". Sus últimos trabajos se concentran el problema de la doble nacionalidad, ámbito en el que hizo aportes de gran importancia. Al mismo tiempo, Laura trigueros incursionó en el derecho constitucional, gracias a lo cual pudo plantear cuestiones de interés para el DIPr; por ejemplo, sus análisis acerca de la aplicación de tratados internacionales en el sistema federal mexicano, que resultan planteamientos muy sugerentes. Por su parte, Fernando Vázquez Pando, ya fallecido, considera que el régimen jurídico de los problemas que pretende regular el DIPr únicamente puede encontrar una regulación adecuada en el derecho internacional público, pues sólo este ofrece un nivel suficiente de coincidencia de condiciones jurídicas que asegure soluciones unitarias. En consecuencia, deberá propiciarse tanto la celebración de tratados internacionales de derecho uniforme como las investigaciones comparatistas que tiendan a descubrir las convicciones jurídicas coincidentes, las que facilitan el seguimiento de las normas internacionales. Dada la escasez actual de dichas normas, las soluciones a partir del derecho interno son indispensables. El principio de posibilidad de internacionalización coincide con lo que en la década de 1960 el planteo el profesor griego Petros Vallindas, que muestre como una de las guías útiles la fórmula de normas internas.

Por razones análogas, según Vázquez Pando, algunos problemas como el de la *calificación* encuentran una solución más adecuada en el método comparatista o en la tendencia autonomista representada por el profesor italiano Eduardo Vitta, ya que en el pensamiento de este último de la autonomía se plantea precisamente para llegar a una calificación que atienda de manera adecuada el carácter Internacional del problema y las necesidades *de equidad* en *cada caso concreto*.

Francisco José Contreras Vaca publicó su primera obra en 1994: *Derecho Internacional Privado*. En ella el autor expone una serie de ideas en las que se refleja la nueva concepción del DIPr mexicano. También publicó *derecho internacional privado convencional,* que constituye un gran aporte a la materia. Finalmente cabe mencionar al profesor Jorge Silva, de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, que en un esfuerzo continuo ha publicado obras muy importantes en la materia. *Su Derecho Internacional Privado* es la mejor recopilación comentada jurisprudencial en la materia que se ha publicado. Este autor se une a la corriente internacionalista de los autores mexicanos

6.5 Corriente Autónoma

Precursores.

En los últimos 75 años surge un conjunto de autores que de manera general hemos agrupado en la tendencia denominada autónomo y que es la tendencia actual en el estudio del DIPr. Entre las características que podríamos señalar como comunes a esta tendencia se hallan las siguientes:

- *Atribuir al DIPr una posición Autónoma dentro del marco general del derecho.*
- *Partir del sistema jurídico positivo en el método jurídico comparativo a efecto de apoyar su posición.*
- *Contribuir a un equilibrio en la tendencia entre nacionalismo e internacionalismo (Evrigenis).*

Algunos de los precursores de tal tendencia son los alemanes Ernst Rabel (1931) y Wilhelm Wengler (1934), así como el griego Petros Vallindas (1937), a cuyos planteamientos nos referimos brevemente a continuación.

Ernst Rabel parte del método de derecho comparado y afirma que las normas de conflicto son de origen nacional y deben ser interpretadas de modo que el proceso interpretativo se aplique de forma diferente a todas ellas; así como el juez interpreta de manera distinta las normas relativas *a la familia y a las normas mercantiles*, deben respetar las normas extranjeras que resultan de la aplicación de la norma de conflicto.

Se trata de la utilización de un método interpretativo diferente, donde el juez ha de considerar las normas conflictuales en forma independiente a las demás normas del sistema a aquellas pertenecen, pues éstas, se encuentran destinadas a regular fenómenos jurídicos diversos que se presentan por la coexistencia de distintos sistemas jurídicos positivos. Para este autor, la norma jurídica de conflicto consta de dos partes:

1. *La primera define su objeto, que consiste en ciertos hechos (lugar de celebración del acto, lugar de ejecución del contrato, etcétera).*

2. *La segunda determina las consecuencias jurídicas de esos hechos (ley aplicable a la forma en la celebración de los actos, consecuencias jurídicas de la ejecución del contrato en tal o cual lugar, etc.). Sin prejuzgar acerca de la existencia de una relación jurídica determinada, la norma conflictual plantea una situación que deberá ser definida o calificada más tarde.*

A reserva de retomar más adelante las ideas de este autor, cuando veamos el problema de la calificación, cabe señalar que Rabel plantea la necesidad de que la norma conflictual sirva de verdadero enlace entre *el sistema jurídico del foro y de los demás sistemas jurídicos positivos*; para ese efecto, mediante la interpretación, el juez debe emplear las categorías establecidas por las normas conflictuales (*adopción, matrimonio, divorcio,* etc.). Es decir, en las normas del sistema jurídico nacional las instituciones se encuentran definidas de tal modo que un matrimonio celebrado conforme la legislación de Puebla es un acto jurídico similar al previsto en la legislación de Nayarit o en la del Distrito Federal; lo mismo sucede con una adopción, un divorcio, etcétera.

Pero esta definición de categorías o instituciones no suele resultar tan útil cuando se interrelacionan dos o más sistemas jurídicos positivos: *un matrimonio religioso celebrado en Grecia o en España no resultará totalmente similar al matrimonio civil previsto en México (donde se le considera un contrato civil)*; el divorcio previsto en México es una institución desconocida en Chile, donde la categoría institución con efectos parecidos en la *separación de cuerpos*.

De esta forma, Rabel propone ampliar la categoría de la norma conflictual del foro con objeto de estar en condiciones de reconocer una categoría extranjera que no sea totalmente similar a la nacional, posibilitando con ello el enlace entre los diferentes sistemas jurídicos positivos. En la concepción del autor, la norma conflictual nacional debe definir su objeto, el cual consiste en ciertos hechos *(lugar de la celebración del matrimonio, de la adopción y de la ejecución del contrato*) y en seguida extraer las consecuencias jurídicas de los mismos establecerse efectivamente se trata de *un matrimonio, una adopción, un divorcio, un contrato de compraventa o una institución similar* y, de ser el caso establecer *las consecuencias jurídicas correspondientes*

derechos y deberes matrimoniales derechos alimentarios distribución de bienes transmisión de la propiedad, etcétera.

Por su parte, Wilhelm Wengler propugna el método comparativo como técnica para lograr la armonía en los diversos sistemas jurídicos positivos. Según él, se debe partir del conocimiento y estudio de los sistemas jurídicos positivos extranjeros a fin de tratar de *uniformar sus instituciones o categorías*, aún a costa de un sacrificio máximo. De acuerdo con Wengler *el derecho comparado es el medio idóneo para lograr el conocimiento del derecho extranjero y alcanzar cierta uniformidad de soluciones,* lo cual, a su vez, reanudará en beneficio de la continuidad jurídica el tráfico internacional.

Lejos de descartar la posibilidad propuesta por Rabel, con su idea de utilizar el derecho comparado, Wilhelm Wengler pretende complementar procedimiento propuesto por aquel. La uniformidad de los sistemas jurídicos positivos es un ideal que, si bien resulta muy difícil de conseguir plenamente, por lo menos de manera general puede obtenerse, y el método comparativo resulta un medio idóneo para ello.

Otro autor, Petros Vallindas, afirmar que la discusión acerca del supranacionalismo y el nacionalismo es meramente teórica y que posiciones tan extremas no ayudan a la cabal comprensión de los problemas que en realidad plantea el DIPr, cuyo objeto se reduce a la reglamentación de la vida internacional de los individuos, objetos que, por lo demás, hace de la disciplina *una rama autónoma del derecho*. Por tanto, deben proponerse y estudiarse los procedimientos idóneos para qué sirven verdadera y efectivamente para reglamentar esa vida internacional de los individuos.

Quizá la postura de Vallindas sea una de las que mayor influencia han ejercido en la doctrina contemporánea, pues tiende a solucionar los problemas reales que plantea el tráfico jurídico actual. Su posición busca rechazar toda discusión teórica que no conduzca al logro de soluciones prácticas, porque la realidad internacional nos presenta diariamente tantos problemas y en tan diversas áreas que más vale contar con las soluciones y pugnar por otras técnicas de solución de los problemas derivados del tráfico jurídico internacional.

Tendencia autónoma actual.

Los argumentos anteriores nos permiten obtener algunos de los presupuestos generales que dan origen a la llamada *tendencia autónoma*. Por otra parte, debido al elevado número de autores que podrían adscribirse a esta tendencia, nos limitaremos a cuatro de ellos Jacques Maury (1936), profesor de la Universidad de Tolosa; Henri Batiffol (1938), de la Universidad de París; Juan Antonio Carrillo Salcedo (1961), de la Universidad de Sevilla, y Werner Goldschmit (1947), de la Universidad de Buenos Aires.

No obstante que una de las características del desarrollo francés moderno ha sido oscilar entre los extremos, en 1936 el entonces maestro de la Universidad de Tolosa, Jacques Maury, en su curso de la Academia de Derecho Internacional de la Haya, propuso la posibilidad de complementar doctrinas hasta entonces irreductibles mediante la necesaria coexistencia de fuentes nacionales e internacionales. "*Las normas que constituyen al DIPr −decía deben ser caracterizadas por su contenido y no por su origen*".

Acorde con esta tendencia, Henri Batiffol sostenía que las relaciones regidas por el DIPr no son una simple materia sometida a la normatividad del foro, con desconocimiento de la existencia y el valor de los sistemas jurídicos extranjeros. Como no se puede negar la existencia de las relaciones internacionales en el plano individual, su regulación requiere la presencia de un conjunto de normas que tengan en cuenta el contenido y alcance de las relaciones internacionales en la esfera individual y, por tanto, que sean aplicables en los diversos sistemas jurídicos extranjeros. No se pretende −afirmaba el autor− el establecimiento de un sistema supranacional que ignoren la exigencia de los derechos nacionales y tampoco una simple proyección externa de estos.

El método que Batiffol planteó es la necesaria coordinación de los sistemas jurídicos, de manera tal que su aplicación armónica tienda a alcanzar las finalidades de cada uno de estos derechos. Esta idea fue propuesta por la delegación mexicana y aceptada con motivo de la elaboración de la Convención Interamericana sobre *Normas Generales de Derecho Internacional Privado*, en cuyo artículo 9° establece: "*Las diversas leyes que pueden ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones*."

Esta propuesta se incluyó en el Proyecto de Modificaciones al *Código Civil* y fue aceptado en los términos del artículo 14, fracción V, primera parte, del *Código Civil Federal.*

Tradicionalmente se ha considerado –continúa el autor− que el sistema conflictual es el único procedimiento con el que pueden resolverse los problemas derivados del tráfico jurídico internacional, pero en época recientes se ha complementado tal procedimiento con la utilización de otros métodos, como los llamados *de leyes de aplicación inmediata, de normas materiales y derecho uniforme.*

No obstante, la existencia de los métodos señalados –afirma Batiffol−, el método conflictual garantiza hoy en día "*la coordinación de los sistemas jurídicos nacionales*", ya que posibilita su articulación como entidades coordinadas y no como comportamientos separados y cerrados. La vía propuesta por él dentro del método conflicto tradicional la localización objetiva de relaciones de derecho privado.

Conforme a ese método, deberán considerarse los elementos que normalmente constituyen este tipo de relaciones: por una parte, *el sujeto o sujetos, el objeto y la fuente jurídica*; y por la otra, *el contacto de la conexión de dichos elementos con uno o más sistemas jurídicos positivos*. En otras palabras, habrá que determinar, *primero*, las cualidades de las personas que intervienen: ***su nacionalidad y su domicilio*****, (*de comprador y vendedor, de esposo y esposa, padre, hijo, etc*.) el vínculo (*matrimonial, filiación*) y, finalmente, *la fuente jurídica y las consecuencias deseadas por esas personas. (un contrato, el acto de divorcio o el acto de filiación)*.** Hecho esto, habrá de precisarse ***la vinculación, la conexión o el contacto de los sujetos*****,** el objeto la fuente jurídica guardan con un determinado sistema jurídico positivo (*por razón de residencia o el domicilio del comprador o vendedor, de los esposos, del padre y del hijo; el desplazamiento de la mercadería; la disolución del vínculo matrimonial o la filiación y sus efectos; el lugar de celebración o ejecución del contrato, del divorcio, etc.*).

De esta manera, según Batiffol, se logrará que la interpretación de la relación considerada corresponde a la normatividad con base en la cual fue creada, con lo que se evitan posibles deformaciones o desnaturalizaciones y, de ese modo, se da oportunidad y garantía la continuidad e internacional de las relaciones humanas, lo que a su vez posibilita la correcta "*coordinación de los diversos sistemas nacionales*".

La posición de Batiffol, su visión y sus inquietudes, han provocado que varios autores hayan hecho suyos los planteamientos y las ideas de este jurista francés; así se dio origen a una renovación de la tendencia autonomista, con ejemplos como el de Juan Antonio Carrillo Salcedo.

En la exposición de este antiguo profesor de la Universidad de Madrid y ahora de la Universidad de Sevilla se constata una labor critica a las concepciones universalista e internistas. Al igual que Batiffol, Carrillo sostiene la necesidad de recurrir, si es necesario, a métodos diferentes el método conflictual para solucionar problemas derivados del tráfico jurídico internacional, aunque específica que para cumplir su finalidad, que es la regulación de las relaciones humanas afectadas por la pluralidad y la diversidad de ordenamientos jurídicos, el DIPr recurre al empleo de diferentes procedimientos, de ahí que esta disciplina registre un pluralismo de normas de las que alguna puede ser predominante, pero en modo alguno exclusiva. En efecto la reglamentación puede resultar:

a) *De la aplicación de normas de derecho interno la relación o situación internacional pese a los elementos extranjeros que pueden darse en la misma.*

b) *De una norma material mediante la cual el ordenamiento del foro reglamenta de forma directa las consecuencias jurídicas de un supuesto derecho con elementos extranjeros*.

c) Finalmente, de una norma que procede a reglamentar de modo indirecto el supuesto de trafico externo, por referencia a uno de los ordenamientos jurídicos con los que aquel se halla vinculado.

De esta manera afirma el autor,

> *…la internacionalización de la solución no se alcanza mediante el establecimiento de una regulación directa específica, distinta y aun a veces contraria a lo que el ordenamiento jurídico del foro tiene previsto para las hipótesis del tráfico interno, sino mediante la cooperación de coordinación que se organiza para proveer una reglamentación justa y adecuada a un supuesto tráfico externo.*

Carrillo Salcedo cita Elisa Pérez Vera, autora española contemporánea, cuando afirma que hoy el DIPr, para cumplir su misión pasa por tres etapas

1. *Inicialmente se verifica si el supuesto de hecho en el que pueden existir elementos extranjeros cae o no bajo el Imperio de normas internas de aplicaciones necesarias, y en qué medida ello es así.*
2. *A continuación, y en caso de respuesta negativa, se hacen invertir las reglas materiales, nacionales o internacionales que puedan existir, para regular directamente las consecuencias jurídicas de supuestos de tráfico externo con elementos extranjeros jurídicamente relevantes.*
3. *Finalmente, en caso de no existir normas de derecho interno de aplicación necesaria normas de DIPr material aplicables al caso se procedería aplicar las reglas de conflicto que con las anteriores integran el sistema del DIPr del foro y cuya función es localizar el supuesto de tráfico externo de uno de los ordenamientos en presencia para que sea este el que, en coordinación con el derecho del foro, proporcione la reglamentación sustantiva del problema que se trate.*

En cuanto a la diversidad de procedimientos para la solución de problemas derivados del tráfico jurídico internacional, Carrillo Salcedo se pronuncia por una necesaria cooperación y coordinación entre los diversos sistemas jurídicos positivos, pues esta es la vía para alcanzar soluciones justas y adecuadas, lo cual implica que los legisladores y aplicadores del derecho nacionales adopten una actitud de apertura cuando se les presenta este tipo de problemas. A diferencia de los autores que se mantienen una posición tradicional y que sólo consideran en el metodo *conflictual,* Carrillo Salcedo aclara las tres etapas del DIPr que debe recorrer el juez en su análisis cuando la relación jurídica contenga elementos extranjeros. De esas tres etapas la última es precisamente el método completo el tradicional.

Así Carrillo Salcedo plantea la posibilidad de analizar normas distintas de las conflictuales. Debido a que esta obra tiene un enfoque pluralista, explicaremos más

adelante las normas distintas de las conflictuales que pueden servir de solución a los problemas del tráfico jurídico internacional.

En lo que toca a Werner Goldschmidt, este autor siguió un *método abstracto y analítico* conforme al cual se enfocan los problemas derivados del tráfico jurídico internacional desde una triple perspectiva:

1. *En cuanto estos problemas son una realidad social, implican una serie de cuestiones sociales que deben ser estudiadas (enfoque sociológico).*
2. *En la medida en que tales problemas se encuentran conectados con diferentes sistemas jurídicos, se presenta la necesidad de resolverlos de manera específica por lo que debe determinar la norma aplicable respectiva (enfoque morfológico).*
3. *Como se trata de problemas que no pueden ser desvinculados de los intereses de los individuos, resulta necesario suministrar soluciones que concilien tales intereses de la mejor manera posible. Para ello es aplicable el concepto de Justicia enfoque (axiológico o dikelógico).*

De este modo, el fundamento de *los llamados conflictos de leyes Goldschmidt* lo encuentra en el necesario respeto a los derechos de los extranjeros. Fundamenta así la materia de los derechos humanos. Se trata, en el fondo del *antiguo derecho de gentes*: las personas, como las colectividades, deben permanecer en pie de igualdad, los problemas que se susciten entre ellas deben resolverse de la mejor manera posible, con el cuidado de conservar siempre un mínimo de respeto. El extranjero pertenece una colectividad regida por sus propias normas; su presencia en una colectividad distinta no debe ser causa para que las normas de su colectividad originaria, y conforme las que ha organizado su vida, dejen de aplicársele. El respeto a su persona implica el reconocimiento de su personalidad.

De acuerdo profesor argentino, la norma tiene una función distinta de la que se le ha atribuido tradicionalmente, pues por lo común se ha dicho que la norma de conflicto es una norma de competencia, por cuanto determina en cuáles casos y en qué medida debe aplicarse la norma extranjera a una situación concreta. En cambio, para Goldschmidt "*la norma de conflicto es una norma de fondo que resuelve este de manera indirecta, ya que la norma jurídica extranjera proporciona la solución directa el problema".*

La idea de Goldschmidt, según la cual la norma de conflicto es una norma de fondo, en la medida en que resuelve el problema de manera directa, no toma en cuenta la función de la norma de conflicto, ya que cuando esta opera aún no se sabe qué norma extranjera designará e, incluso, si la designación es posible. *La norma de conflicto es una norma instrumental y, por tanto, adjetiva.*

Capítulo 7. Problemas Planteados por el Sistema Conflictual Tradicional.

7.1 Algunos problemas específicos

De esta forma, mostraremos cómo el órgano aplicador del derecho, normalmente el juez, utiliza la norma de conflicto ---–su norma interna--- y cuáles son las posibilidades que tiene que enlazar su norma jurídica con la externa; para ello, veremos también algunas características de la norma de conflicto en su funcionamiento de enlace normativo.

En seguida nos referiremos *a la calificación*. Hay que conocer la institución o el acto extranjeros para insertarlos en el derecho interno, y como hacerlo; después veremos ***el reenvío, la cuestión previa*** **y** ***la institución desconocida****,* que son temas que suelen aparecer y hay que resolver. Debido al doble juego de la norma de conflicto; luego se analizarán los conceptos de ***orden público y fraude a la ley,*** cuya aplicación impide que la ley extranjera designada se aplique finalmente se estudiará la forma de aplicación del derecho extranjero. Con base en la propuesta planteada, trataremos solo los temas de orden general; es decir, los principios generales de la teoría de los conflictos de leyes.

Anteriormente concluimos que el *método conflictual tradicional* es un procedimiento con el que, de manera indirecta, se trata de solucionar un problema derivado del tráfico jurídico internacional o interestatal en el ámbito nacional con la aplicación del derecho que dará la respuesta directa. El método conflictual tradicional, que suele denominarse *el sistema de normas de conflicto,* sirve para determinar, en un caso que guarde relación con dos o más sistemas jurídicos nacionales diferentes, las normas con base en las cuales se deberá resolver la controversia. La función de las normas de conflicto es procurar que cada punto contacto se resuelva con base en un solo sistema jurídico.

Así mismo, explicamos en cada sistema jurídico positivo hay una serie de normas cuya función y objeto inmediato son posibilitar la aplicación de ese derecho que dé la respuesta directa. Tales normas han sido denominadas por *la doctrina normas* o *reglas de conflicto*.

Ahora bien, esas normas, al igual que la gran mayoría de las que conforman todo sistema jurídico, constan de *un supuesto o condición* y *de una consecuencia jurídica*. La diferencia consiste en que, las ***normas sustanciales o sustantivas*** del sistema jurídico*,* ***el supuesto o condición representa*** **generalmente cierta condición humana o un hecho** (“*si el menor fue reconocido por el tutor*”) “*si los contratantes se*

pusieron de acuerdo, *la fuerza mayor es una eximente de responsabilidad*",etc.) y su consecuencia jurídica una permisión así por ejemplo, en ***el primer*** supuesto, la consecuencia jurídica es una permisión que puede concretarse en los términos siguientes: *si el menor fue reconocido por el tutor, hay adopción*.

Lo mismo sucede en el ***segundo caso***: *si los contratantes se pusieron de acuerdo sobre precio y cosa, habrá compraventa* y, en algunos casos, *habrá una prohibición o un mandato* ("*Los actos ejecutados contra el tenedor de las leyes prohibitivas o de un interés público…serán nulos"*); o bien, "*cuando haya un conflicto de derechos, a falta de ley expresa…, se decidirá la controversia a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro"* (*art. 20, CCF*). Finalmente, en el ***tercer caso*** la fuerza mayor, un hecho de la naturaleza (*una inundación, un temblor, etc.) descarga de la obligación al deudo*r. En cambio, en la norma conflictual el supuesto o condición *es un concepto o categoría jurídica* (*forma de los actos, capacidad de las personas, etc*.). y la consecuencia jurídica el señalamiento del derecho susceptible de ser aplicado, derecho que dará la *respuesta directa* al determinar si tal o cual acto celebrado tiene o no validez y, por tanto, que sus efectos jurídicos sean reconocidos. Veamos estos ejemplos.

> En el caso *de la* ***norma sustantiva.*** *El* art. 2248 del CCF establece: "*Habrá compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero":* Es decir, el supuesto o condición y la consecuencia jurídica están establecidos en la propia norma.
>
> En el caso de una norma de conflicto, el art. 13, fracc. IV, del CCF establece: "*La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren…"*
>
> *Esta norma, a diferencia de la anterior, nos remite a otra norma –la del lugar en que se celebren los actos---para que sea esa ley la que se aplique y saber si, en cuanto a la forma, el acto jurídico es válido, y de serlo, reconocer sus efectos.*

Se trata de una diferencia estructural que atiende a la función u objeto de las normas. Veamos este enfoque; con base en las normas sustantivas del sistema, por lo general se regulan las conductas que se deduce dentro del ámbito de aplicación de dichas normas (*civiles, celebrar un contrato*; *fiscales, obligación de pago de impuestos: administrativas, cumplimiento de requisitos para obtener un permiso*, etc.), De esta manera , ***las normas sustantivas establecen comúnmente condiciones o supuestos que producirán o no ciertos efectos, según se satisfagan o no los supuestos establecidos*** **por la norma.**

Incluso, en algunos casos las normas establecen de forma imperativa ciertas conductas que obligan o prohíben y, en caso de desobediencia, suele aplicarse una sanción; se trata de un método de regulación de conductas que posibilitan la convivencia social en un lugar determinado. Las normas conflictuales tienen otro fin y, por tanto, se encuentran estructuradas de modo diverso, pues su función u objeto inmediato no es la regulación directa de ciertas conductas, sino permitir de *manera indirecta o mediata la aplicación de normas sustantivas* (*sean del propio sistema o de un sistema diferente*), que directamente regulan determinadas conductas. En otras **palabras, las normas de conflicto son normas de enlace,** en la medida en que posibilitan que a través de una norma distinta se pueda regular una conducta.

En el fondo, *tanto **las sustantivas como las conflictuales** tienden a lo mismo*: posibilitar la convivencia humana, en la medida en que establecen un mínimo de *seguridad, certeza, igualdad y libert*ad. Hans Lewald, autor alemán, propuso una clasificación de normas conflictuales que consideramos clásica. Según este autor, *primero* "se debe analizar si los hechos que configuran cierta relación son susceptibles de producir efectos jurídicos, para en seguida saber cuáles son sus consecuencias jurídicas". Dicho de otro modo, se debe saber si los hechos constitutivos de cierta relación tienen valor jurídico o no, y de ser positiva la respuesta, conocer el derecho aplicable a las consecuencias de esa relación. De esta forma, Lewald propone tres categorías de *normas conflictuales*:

1. *Las que designan la norma que rige las condiciones constitutivas de una relación*.
2. *Las que designan la norma que debe regir los efectos o las consecuencias de esta relación*.
3. *Las que designan al mismo tiempo las normas que rigen tanto las condiciones constitutivas como los efectos.*

Veamos algunos ejemplos:

> **El art. 2736** del CCF, *primer párrafo*, establece: "*La existencia, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, funcionamiento, transformación, disolución, liquidación y fusión de las personas morales extranjeras de naturaleza privada se regirán por el derecho **de su constitución**, entendiéndose por tal, aquél del Estado en que se cumplan los* requisitos de forma y fondo *requeridos para la creación de dichas personas."*

Como se observa, esta norma indica qué derecho debe consultarse para conocer las condiciones constitutivas de una relación, en este caso, el derecho de constitución de

una persona moral extranjera, el cual será el derecho del Estado donde se hayan cumplido los *requisitos de forma y fondo* exigidos para crear dicha persona moral.

> **El art. 13** del CCF, fracc. V, primera parte dispone: "*La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas: Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el* derecho del lugar en donde **deban ejecutarse**…"

Conforme a esta disposición, si un contrato de compraventa entre un exportador guatemalteco y un importador mexicano se ha celebrado en Guatemala y en él se ha convenido que el primero se compromete con el segundo a entregar su mercancía en México, *lugar donde se pagará el precio*, y *las partes no designan en su contrato el derecho aplicable, los efectos jurídicos de la operación se regirán por las leyes mexicanas,* debido a que la norma de conflicto del art. *13, fracc. V*, señala la ley – en este caso, la mexicana – que rige los efectos del contrato por ser México *el lugar de ejecución del contrato*.

> **El art.** 1593 del CCF establece por su parte, y en referencia al tercer caso de Lewald expone: "*Los testamentos hechos en país extranjero, producirán efectos en el Distrito Federal cuando hayan* sido formulados de acuerdo con las leyes del país en que se otorgaron." Esta norma indica qué otra norma se debe consultar para saber si un testamento hecho en el extranjero es válido y, al mismo tiempo, señala la disposición jurídica que regirá sus efectos, es decir, por un lado se debe consultar, en cuanto a *condiciones de fondo y forma*, la norma jurídica extranjera del lugar de creación del acto (*lugar de emisión del testamento*), y en cuanto a los efectos del testamento en la norma mexicana, que a su vez será el lugar donde el testamento tenga sus efectos, por ejemplo, dónde se *encuentran los bienes*, *los herederos*, cómo debe hacerse la determinación de los legados, etc.

Los tribunales mexicanos han definido la función de la regla de conflicto en los términos siguientes: "*Se hace referencia tradicionalmente al problema de la determinación de la ley aplicable a aquellas situaciones o relaciones jurídicas de carácter privado que, por estar en contacto con dos o más ordenamientos jurídicos, pueden calificarse como internacionales."*

Como puede apreciarse la definición es sencilla en la medida en que introduce una serie de elementos: **la determinación de la ley aplicable**, **relaciones jurídicas de carácter privado** y **calificación de dichas relaciones como internacionales**. Veamos brevemente cada uno de *estos elementos:* ***a)*** *Efectivamente la regla de conflicto es el mecanismo más completo para la determinación de la ley aplicable, pero*

esto es confundir su naturaleza con sus funciones; ***b****) Relaciones jurídicas de derecho privado*: En estricto sentido, como ya lo hemos visto, esa regla de conflicto nos señala el derecho aplicable que finalmente nos dirá si tales o cuales hechos que se derivan de los puntos de *contacto o conexión*, son hechos o si estos tienen una relevancia jurídica, por lo que incluir a esos hechos como situaciones jurídicas, no es el procedimiento correcto, ***c)*** *La calificación jurídica que ha surgido de aplicar precisamente la ley aplicable al caso concreto, no es una calificación que se deriva de dos o más sistemas jurídicos en presencia, sino de la determinación precisa de una ley aplicable*.

Ahora bien, la norma de conflicto opera con base en un medio técnico que sirve para designar la *norma sustantiva* aplicable, el cual se denomina *punto de conexión* o *punto de contacto*, y consiste en la *relación* ***que las personas, las cosas o los actos tienen con determinado sistema jurídico***. Es decir, se trata de elementos circunstanciales de hecho (***como el lugar de celebración o ejecución de un acto jurídico, el lugar donde se encuentra un bien inmueble, etc*.) o de *conceptos jurídicos igualmente circunstanciales: domicilio de la persona física, domicilio del propietario de un bien mueble, establecimiento de la sociedad, lugar en donde la sociedad realiza su prestación característica*,** etc. Estos elementos servirán de guía para saber con que sistema jurídico y con qué norma se encuentra vinculada cierta persona o relación, a fin de identificar la norma aplicable. Veamos un ejemplo.

> *Ante juez mexicano se presenta una mujer a demandar el pago de pensión alimentaria, fundada en que su cónyuge la ha abandonado. El marido responde que el matrimonio, celebrado entre ellos en Nicaragua, es nulo pues no se cumplieron las solemnidades requeridas y, por tanto, no tiene ninguna obligación de suministrarle alimentos.*
>
> Frente a esta situación el juez mexicano necesita una guía, la cual habrá de proporcionarle su norma de conflicto (en este caso, la del art. 13, fracc. IV, del CCF, que señala: "*La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren…").*

El acto jurídico (*es decir, el matrimonio*) se ha celebrado en Nicaragua; por ende, el derecho de este país será aplicable para determinar si el matrimonio es válido o no y en caso de ser lo primero, validar en México el acto jurídico celebrado en el extranjero, en este caso el matrimonio y, por tanto, obligar al cónyuge a otorgar la pensión alimentaria correspondiente.

Con un ejemplo más, quizá se pueda precisar la utilidad de los puntos de contacto o conexión y, en ocasiones, su dificultad en ubicarlos.

> Ejemplo: *He contratado en México, con un importador de fruta europeo, enviarle mensualmente tres contenedores refrigerados de frutas. Debo entregar cada contenedor en un puerto europeo diferente, donde dicho contenedor me será pagado*.

Como vemos en el ejemplo, hay varios *puntos de contacto*: ***cada uno de los puertos europeos y México***. De esta manera habrá que saber si el punto de conexión del contrato con México es relevante al grado de designar como aplicable al fondo la ley mexicana, ya que el lugar de ejecución no es fácilmente determinable. ¿*Cuál de los puertos escoger*? ¿*Con que criterio decidir*? En México se llevaron a cabo las negociaciones y se firmó el contrato. Sin embargo, mi actividad como vendedor de fruta se limita a trazar las rutas de los barcos y sus intinerarios y dar órdenes por teléfono o correo electrónico a mis representantes en diversos países centroamericanos, para que surtan los pedidos y embarquen la mercancía. Como podemos ver, se trata de un problema complicado en *la determinación del punto de contacto más relevante o más estrecho*.

El Quinto Tribunal de Distrito se refirió a los puntos de contacto en los términos siguientes: "*El elemento característico de la norma de conflicto bilateral es el punto de conexión*. *La norma para la designación del derecho aplicable toma en consideración un determinado vínculo o situación y el ordenamiento del país*." A este concepto solo le queda una precisión: el vínculo al que se refiere el Tribunal tiene por lo general una referencia material o geográfica de donde se parte para obtener el conocimiento de la ley aplicable. Sobre la bilateralidad a que hace referencia la citada decisión, será un tema que abordaremos en seguida a partir de la unilateralidad de la norma de conflicto para de ahí dejar en claro cuál es su naturaleza bilateral.

Una modalidad de ese funcionamiento de la regla de conflicto se trata del planteamiento unilateralista.

Conforme al planteamiento unilateral de la norma de conflicto, no se pretende que esta señale, como en el caso del planteamiento bilateral al que nos hemos referido, la norma jurídica extranjera susceptible de aplicarse, sino que se pretende que dicha norma de conflicto solo se limite a determinar el ámbito de aplicación de las normas internas. Es decir, de acuerdo con quienes sostienen un punto de vista unilateral, la función de la norma conflictual debe limitarse a determinar si las normas sustantivas de su propio sistema tienen o no competencia y, en caso negativo, permitir que se aplique una norma extranjera.

En otras palabras, conforme a este planteamiento la norma de conflicto, al ser una norma interna ---afirman quienes sostienen este punto de vista--, solo le da la

posibilidad al legislador para dirigir su aplicación dentro de su propio territorio, con sus propias normas, al restringir así su ámbito de aplicación y permitir que una norma extranjera se aplique en el caso específico. Sin embargo, el problema práctico que presenta este planteamiento consiste en determinar con precisión cuál norma extranjera debe aplicarse.

Esta es la razón por la que la formulación de normas conflictuales se hace desde entonces de manera bilateral, pues en ella hay equivalencia e igualdad de trato al distribuir las competencias entre la ley del foro y las leyes extranjeras.

Independientemente de lo explicado en el párrafo anterior es importante señalar que hay normas del sistema que son expedidas con un carácter unilateral, sin que se posibilite su bilateralización. Este es el caso de las disposiciones de derecho público como derecho *fiscal, aduanero, penal y de seguridad social*, las que se aplican más por razones de *proteccionismo, prioridad nacional y salud general, que no admiten discusión* en torno a su ámbito de aplicación.

En la Unión Europea hay un nuevo DIPr producto del derecho comunitario, entre otros del Reglamento y del proyecto del Reglamento llamados *Roma I y Roma II,* respectivamente, un ejemplo es el siguiente: *En las normas de conflicto elaboradas en esos instrumentos se conjunta su carácter bilateral y unilateral*. ***El primero****,* cuando se enlaza con normas de países miembros de la Unión, según el mecanismo que hemos descrito; sin embargo, **el *segundo****, el* unilateral, se da cuando el enlace es con normas de países fuera de la Unión. Este "*apartheid"* jurídico se explica en razón de que se busca que la norma extranjera se encuentre en un plano de igualdad respecto de la ley comunitaria, es decir, la ley del país de la Unión, que el juez invoque. Esta manera de enfocar al tráfico jurídico internacional tiene varios problemas que los tribunales comunitarios habrán de resolver; por lo pronto, tiene gran importancia en la medida en que se regula el derecho de las obligaciones en el ámbito europeo.

Es importante decir unas palabras más sobre ese medio técnico con el que opera la norma de conflicto, el cual ayuda a designar la norma sustantiva aplicable y que se denomina *punto de contacto* o *punto de conexión.* Este puede ser un elemento circunstancial de hecho. Así, pueden mencionarse *el lugar de celebración de un contrato o el lugar de su ejecución*; sin embargo, puede acontecer *que el lugar de celebración sea un lugar fortuito*, donde las partes acordaron encontrarse para firmar el contrato sin tener que ver el lugar con ellas o con el contrato, o bien, *que existan varios lugares de ejecución.* A estos problemas – por lo demás comunes en el comercio internacional – se les ha dado respuesta con normas de conflicto elaboradas nacionalmente o las que se elaboran a través de las convenciones internacionales, como es el caso de las relativas a la ley aplicable en materia de contratos

internacionales. La Convención Interamericana sobre la materia, de la que México es parte, establece normas o reglas de conflicto con puntos de contacto múltiples. Veamos el ejemplo que la citada Convención establece con las reglas para la determinación del derecho aplicable cuando las partes no han designado ley aplicable a su contrato, y otro ejemplo con el caso de la Convención de La Haya sobre la materia, Convención de la que México no es Estado parte.

> *Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable de los Contratos Internacionales, art. 9°, párrafo 2: "El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprenden del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos."*
>
> Dicho en otras palabras, se trata de una regla moderna flexible en la que se da amplitud de interpretación al tribunal para determinar la ley aplicable al contrato. Con ese fin se instruye al tribunal para buscar "*todos los elementos subjetivos y objetivos"* (***domicilio, residencia o establecimiento de las partes contratantes, lugar de celebración y ejecución del contrato, prestación de la actividad carácteristica, los vínculos más estrechos, idioma del contrato,*** *etc.), una* flexibilidad necesaria en el trafico jurídico internacional y de esa manera salir de los estrechos límites que le impone una regla de conflicto rígida, como podría ser solo a partir de la regla que determina que la ley aplicable es la del lugar de su aplicación cuando ya vimos que las relaciones jurídicas internacionales suelen ser más complejas que las nacionales.

Otro ejemplo es el siguiente:

> *La Convención de La Haya sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1986, art. 8, señala "que en la medida en que la ley aplicable a la compraventa no haya sido escogida por las partes, la compraventa se rige por la ley del Estado en el cual el vendedor tenga su establecimiento al momento de la conclusión del contrato.*

Sin embargo, la compraventa se rige por la ley del Estado en el cual el comprador tiene su establecimiento al momento de la conclusión del contrato, si "las partes negociaciones se llevaron a cabo y el contrato se concluyó por las partes en el mismo presentes en dicho Estado, o en el contrato se previo expresamente que el vendedor debía ejecutar su obligación de entrega de las mercancías en dicho Estado, o la venta se concluyó conforme a las condiciones fijadas principalmente

por el comprador y en respuesta a una invitación que le hayas dirigido varias personas a manera de concurso (*licitación de ofertas*)".

> Estamos frente a una regla menos actual, en la que se conserva una regla de conflicto semirrígida que sin embargo establece como se determina el punto de contacto o conexión: "*El Estado con el cual tiene los vínculos más estrechos*", el contrato.

Si bien retomamos este tipo de disposiciones más adelante, conviene destacar que en disposiciones modernas los puntos de contacto o puntos de conexión pueden ser múltiples en un doble sentido: ya sea que se trate de una regla de conflicto semirrígida (la de La Haya), la cual se abre a la interpretación del juez; o bien, la regla de la interamericana, donde los puntos de contacto son múltiples y, por tanto, el juez tiene un adecuado margen de interpretación:

- *Lugar donde el comprador tiene su establecimiento en el momento de la conclusión del contrato.*
- *Lugar de negociaciones y conclusión del contrato.*
- *Lugar donde el vendedor debe ejecutar su obligación de entrega de mercancías.*
- *Cuando se trate de una licitación de ofertas, el del lugar de establecimiento del comprador.*

En una concepción todavía más moderna y en un ámbito colindante con el DIPr, el del arbitraje comercial internacional, que ha sido un motor en la solución de conflictos de las relaciones jurídicas internacionales, el art. 17 de las Reglas Arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional establece en sus dos primeros párrafos una referencia semejante a la propuesta por la Convención Interamericana:

Artículo 17. Normas jurídicas aplicables al fondo:

> **1.** *Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el Tribunal Arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes el Tribunal Arbitral aplicará las normas jurídicas que considera apropiadas.*
> **2.** *En todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes.*

Además, y es lo sorprendente, excluye cualquier recurso a la regla de conflicto. Esto puede tener dos explicaciones, en todo caso vinculadas; una, que en un momento del

desarrollo del comercio internacional se consideró que las categorías propuestas por la regla de conflicto son muy extrechas, y segunda, la influencia de la concepción anglosajona ha prevalecido, por su forma practica de solucionar problemas, y se decidió evitar el pago por una regla de conflicto cuando quienes juzgan son expertos en la materia y no hay necesidad de dotarlos de una guía en la determinación del derecho aplicable al contrato, que por otro lado es única: el contrato.

Esta búsqueda de la uniformidad de soluciones---y en esto la doctrina hace énfasis—se logra a través de la ampliación de las categorías establecidas en las normas de conflicto (*matrimonio, contrato, indemnización*), sobre todo con un método de mayor flexibilidad.

En este sentido la autora se refiere a tres caracteres que debe revestir la norma de conflicto: "*especialización*, *flexibilización* y *materialización*". Es decir, ***especialización*** en la medida en que se enfoque en su funcionamiento en el sector de la actividad humana a que va dirigido. No es lo mismo una regla de conflicto que determine cuál debe ser la ley aplicable al registrador de los valores en el derecho financiero, que la otra que defina cuál ley debe aplicarse en el caso de una adopción. ***La flexibilización***: dar al juez la posibilidad de enlazar mejor su norma jurídica local con la extranjera, por las características del caso. Propuestas como la del "*Interest analysis*" y sobre todo el "*Functional analysis"* acercan a esta manera de enfocar la regla de conflicto dándole una mayor amplitud, pero sobre todo interpretando los fines de la institución cuya regulación se encuentra en la norma que debe designarse aplicable**. La *materialidad*** se refiere al resultado que se busca: *validar el contrato, declarar un divorcio válido, condenar con efectos posibles y ciertos; no importa su ubicación geográfica, el objetivo final será buscar la uniformidad de soluciones.*

En los últimos años se le han atribuido a la Norma de Conflicto otras características, principalmente **de *tipo económico* *y* *de orden humanitario***. En el ***primer caso*** se afirma que la regla de conflicto es una "*regla que responde a una lógica económica en el sentido que trasciende al comercio de bienes, de derechos y de escasez de recursos. La regla de conflicto es necesaria para la circulación internacional de la riqueza y de la movilidad de las personas. Un mundo sin este tipo de reglas sería un mundo jurídicamente ineficiente*".

De esta manera, el DIPr, es un medio que favorece los intercambios internacionales para buscar las mejores soluciones costos posibles, debido a que se pueden encontrar vías que faciliten estos ahorros en tiempo y dinero.

Desde la **perspectiva humanitaria**, se ha sostenido que el incremento de los desplazamientos de personas en un mundo globalizado requiere entre otros medios,

de la regla de conflicto como referente principal al vincular a la persona con su derecho aplicable y respetar su personalidad, como sucede en el caso de los acuerdos de inversión. En estos acuerdos, a la persona física o moral se le ubica al mismo nivel internacional de los Estados, ya que se le atribuye una serie de derechos de protección, incluido el poder de demandar al Estado ante un tribunal internacional arbitral de inversión por cualquier afectación en su inversión.

7.2 Calificación del supuesto normativo.

A continuación examinaremos el proceso conflictual en la misma secuencia en que generalmente se presenta en la realidad. *En primer lugar*, ante una relación jurídica con elementos extranjeros, el juez nacional busca su regla de conflicto y la consulta. Una vez hecho esto, procede a calificar. La calificación le permitirá conocer la ley extranjera que deberá aplicar y cómo hacerlo. En ese sentido, Eduardo Trigueros se refería a la calificación en los términos siguientes: "Ya que, en un *hecho determinado, a un ser, una cosa, nada significan jurídicamente en tanto que no existe una ley que venga a anexar a ese hecho,* a ese ser o a cosa, un efecto de derecho colocándola en una categoría jurídica.

En el proceso de aplicación de la ley extranjera excepcionalmente pueden surgir dos cuestiones: ***que las reglas de conflicto de la ley extranjera aplicable remitan a otra ley, una tercera ley*** **(reenvío), o que deba resolverse, con anticipación a la designación de la ley extranjera aplicable,** alguna cuestión sin la cual el proceso no pueda continuar (*cuestión previa*).

Resueltos estos dos problemas, el juez nacional está en posibilidades de aplicar la ley extranjera designada aplicable, a condición de que dicha ley no sea contraria al *orden público* del foro o que su designación no haya sido producto de un *fraude a la ley* del foro. Como acabamos de mencionar, la calificación permite conocer la ley que se va a aplicar. En este sentido se han planteado *dos opciones*, que se engloban en dos escuelas: ***la calificación lex fori,*** **la histórica y la moderna**, y **la calificación *lex causae* actualmente esta última vía es la más usual.**

Primera tendencia: calificación lex fori.

Este tipo de calificación planteado por primera vez en las obras de F. Kahn (1891), autor alemán, y más tarde por Etienne Bartin (1897). Consiste en lo siguiente: "Para interpretar los conceptos establecidos por la norma de conflicto (*forma de los actos, lugar de conclusión, contratos, etc*.) hay que recurrir al derecho interno"; así, el juez

debe recurrir a su propio derecho para saber qué se entiende *por forma del acto*, *por contrato de compraventa, por matrimonio, etc*., aun cuando la compraventa o el matrimonio se hayan celebrado en el extranjero y conforme al derecho extranjero. Como es previsible, una interpretación de este tipo no resulta conveniente en la medida en que se interpretará la existencia de instituciones extranjeras, con sus peculiaridades y características, conforme a un derecho distinto –derecho del foro---, lo cual puede provocar una interpretación *distorsionada*.

> *Para ilustrar lo anterior cabe referirse a un caso resuelto por la Corte de Casación francesa (22 de junio de 1995), que puso por primer vez en blanco y negro un problema que se había planteado solo doctrinalmente: el señor Caraslanis, de origen griego, pidió a los tribunales franceses la anulación de su matrimonio, celebrado en la forma religiosa, alegando que en Francia el matrimonio es un contrato civil (igual que en México) y que él lo celebró en Francia en contra de su ley nacional, pues la ley griega lo obliga a celebrar un matrimonio religioso. El razonamiento de la Corte de Casación fue el siguiente: "Para saber si un elemento de la celebración del matrimonio pertenece a la categoría de las reglas de forma o de fondo el asunto debe ser decidido por los jueces franceses conforme a las concepciones del derecho francés, según el cual el carácter religioso o laico del matrimonio es una cuestión de forma."*

Por tanto, dicha Corte consideró válido el matrimonio celebrado bajo la forma civil mediante la aplicación del ***principio locus regit actum***, que establece la ley francesa, y que esta fue la que finalmente se aplicó, desplazando la ley personal del señor Caraslanis, que de aplicarse invalidaría al matrimonio, por ser la celebración religiosa conforme a la ley griega la única válida para ese tipo de acto.

Tal manera de llevar a cabo la calificación facilita la tarea del juez nacional; sin embargo, se ha criticado por las razones siguientes:

a) *Se otorga un predominio excesivo al derecho interno, pues se trata de un derecho elaborado con el fin de regir situaciones de carácter interno, y en este tipo de situaciones se encuentran implicados elementos extranjeros. Es decir, si se califica conforme a una determinada categoría jurídica* (*forma del matrimonio, forma en que debe ser realizada la adopción,* etc.), *y esa categoría pertenece al derecho del juez que está calificando, el problema que se presenta es el siguiente: dicho juez interpretara conforme a su propio derecho esa categoría que, en realidad, pertenece al derecho extranjero que va a aplicar. Este proceder no es adecuado ni conveniente y, por tanto, se corre el riesgo* de *desnaturalizar* la *categoría establecida en el derecho extranjero, producto seguramente de una*

serie de circunstancias distintas de las que produjo la categoría similar en el derecho mexicano.

Por ejemplo, el matrimonio civil, laico en México, obedece a la guerra de Reforma, a una separación violenta entre la Iglesia y el Estado durante el siglo XIX. El matrimonio religioso en España obedece a una larga tradición de convivencia entre el Estado Español y la Iglesia, etc. *El resultado es, por tanto, distinto:* ***en el primer*** *caso estamos frente a un matrimonio civil, y en* ***el segundo****, conforme a otro religioso.* Habrá que darles a ambos un tratamiento distinto con objeto de que se cumpla en ambos la finalidad que tienen establecida, es decir, la unión del hombre y la mujer para la preservación de la especie, que es, en última instancia, la búsqueda de la funcionalidad de las distintas instituciones. En ambas, el ser humano busca su realización familiar.

b) *Calificar lex fori de modo indistinto puede prestarse a que el juez nacional, al utilizar únicamente sus conceptos o categorías locales en relaciones que desbordan el derecho interno, al interpretar estas las deforme o impida que causen los efectos jurídicos previstos en las mismas, resultado de una interpretación restringida*.

Por último, como ya lo hemos expuesto, las categorías de las reglas de conflicto son hoy en día demasiado estrechas para entender la variedad y riqueza de las relaciones internacionales, y si además las categorías con que se va a calificar son categorías internas, habrá un reduccionismo exagerado que no permitirá una apreciación completa del problema de parte del juez y, por tanto, se le dificultará la solución en casos con elementos internacionales. Estas y otras críticas dieron origen a la aparición de una tendencia radicalmente opuesta: la calificación *lex causae.*

Segunda escuela: calificación lex causae.

Tal calificación fue defendida por Despagnet (1909), en Alemania por Wolff (1933) y en Italia por Pacchioni (1935). Se considera que la calificación debe hacerse con base en el derecho extranjero designado aplicable, incluidos sus propios conceptos o categorías, con lo cual se logra conservar más fielmente la interpretación de la relación jurídica concreta. Dicho, en otros términos, mediante esta calificación se designa no solo una norma jurídica extranjera (*como la relativa a los requisitos para celebrar el matrimonio*), sino también el derecho al que pertenece dicha norma jurídica y conforme al cual deberá interpretarse esta última. Así por ejemplo, se podrá saber si se trata de un matrimonio que---independientemente de su forma laica o religiosa---es válido en cualquier lugar o que un contrato de *trust y de fideicomiso pueden ser asimilados, ya que su funcionalidad es la misma y solo difieren de las personas que fungirán* como

fiduciario. Una de las principales críticas que se hicieron a esta teoría fue la de Niboyet, quien afirmó: “Debido a que la calificación es necesaria para determinar la ley aplicable, ¿cómo partir de la calificación establecida por la ley extranjera si aún se ignora cuál será ésta?” En otros términos, equivale a caer en un círculo vicioso, pero esta crítica pierde fuerza al advertir que en toda situación existen puntos de contacto que nos indican con qué país y, en ocasiones, con qué ley está conectada dicha situación. Son hechos con los que hay relación.

Conforme al art. 1593 del CCF ya citado, los testamentos hechos en país extranjero producirán efectos en el Distrito Federal cuando hayan sido formulados de acuerdo con las leyes del Estado en que se otorgaron. De este modo, frente a un caso de este tipo, el juez mexicano puede limitarse a constatar la existencia de un hecho (lugar de otorgamiento del testamento) y ubicarlo inmediatamente en un contexto jurídico determinado; de ahí podrá partir para verificar si el testamento otorgado en el extranjero es un acto jurídico y cómo se considera este acto conforme a la ley de su otorgamiento, es decir, se calificará conforme a la ley extranjera si se trata o no de un testamento; por ejemplo si las instituciones sucesorias del derecho estadounidense, como Holographic will o Nuncupative Hill, son asimilables a la institución de testamento. Esta manera de proceder implicará una determinación previa del factor contacto conforme al propio derecho del juez, o sea la lex fori, pero esto posibilitará la calificación lex causae. Una posición semejante fue la que Geofrey Cheshire sostuvo en Inglaterra:

El problema práctico que podría aparecer es si la norma extranjera regula de manera diferente la institución de que se trate. Así, en el ejemplo, el problema surgirá si lo que conocemos como testamento estuviera regulado en el derecho extranjero como una donación. En este caso, se trata de que el juez que califica tendría que someter ese acto, que conforme *al derecho extranjero es donación*, a la regulación de las donaciones de acuerdo con el derecho de origen. Se trata de que el juez que califica respete al máximo la naturaleza del derecho extranjero. Esta situación se halla regulada de forma más completa y precisa por el CCF, que en el art. 14 establece: “En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente: **I.** *Se aplicará como lo haría el juez extranjero correspondiente, para lo cual el juez podrá allegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho derecho*.”

Es decir, la aplicación del derecho extranjero deberá hacerse de manera que se respalde como tal, con base en sus propias categorías, instituciones “*alcance”, o sea su interpretación.*

En el ejemplo anterior, si un juez mexicano juzga lo que considera un testamento y al consultar la ley extranjera su norma de conflicto *(art. 14 fracc. I)* le indica que debe aplicar el derecho extranjero como lo haría el juez extranjero, y si ese derecho establece

la institución correspondiente como una donación en vez de un testamento, como hemos visto, tendrá que partir de esta última consideración y aplicar no solo la norma designada, sino todo el derecho extranjero que, en su conjunto, lleva a la conclusión de que se trata de una donación. Sin embargo, como veremos más adelante, será necesario que el juez mexicano verifique si no se están violando los derechos de los herederos con la aplicación de la ley extranjera, conforme al principio del orden público; de violarse, no se aplicará la ley extranjera o la aplicará solo en lo que no contraríe y la derogará en lo que se oponga, tratando de salvar el negocio jurídico y de cumplir en lo que sea posible con la voluntad de quien emitió el acto, lo que se le conoce como *favor negotti (*a favor del negocio).

A primera vista, lo anterior parecería difícil y complejo, pero en la práctica no lo es. El juez mexicano tendrá a su alcance el texto no solo de la norma extranjera aplicable, sino todo el que *regula dicha institución –disposiciones relacionadas, jurisprudencia*, etc.,--y con base en él podrá juzgar y decidir. Sin embargo, en un país como México, donde los jueces están desbordados de trabajo, esta labor resulta difícil. Por ello el abogado que invoca la aplicación de la ley extranjera debe darle al juez los apoyos necesarios: por ejemplo, conseguir el texto de dicha ley, si es necesario, traducirlo; darle a conocer cuáles son los criterios jurisprudenciales en el país de origen de la ley; que dice la doctrina de ese país. Esto en cuanto a la información de la ley extranjera.

Tercera escuela: método comparativo.

En forma parecida a la de la calificación *lex causae en 1993 el jurista Aleman Ernst Rabel propuso un nuevo sistema:* el método comparativo, que dio lugar el surgimiento de la llamada *tercera escuela (dritte schule)*. Después de hacer un análisis de las calificaciones *lex fori* y *lex causae*, Rabel propuso que la norma de conflicto poseyera conceptos propios. Su idea es la siguiente: las normas sustantivas de todo el sistema jurídico nacional tienen un objetivo definido (*regular conductas en el ámbito interno*); en cambio, en las normas de conflicto el fin es distinto (*coordinar diferentes sistemas jurídicos)* y, para lograrlo, la norma conflictual debe elaborarse de manera que prevea la aplicación de cualquier derecho, ya sea nacional o extranjero. De este modo, las categorías previstas en la norma conflictual deberán estar desvinculadas de las nociones de los derechos internos. Así, las categorías *matrimonio, divorcio, adopción, contrato, etc.*, deberán ser más amplias que las mismas categorías previstas en el derecho interno. Veamos un par de ejemplos:

> **Artículo 83** *del Código Comercio*: "*Las obligaciones que no tuvieren término prefijado por las partes o por las disposiciones de este Código, serán exigibles a los a los diez días después de contraídas*…"

> Aquí tenemos una norma que define con toda precisión el plazo de pago para el cumplimiento de la obligación. Recordemos que "*en los contratos mercantiles no se reconocerán términos de gracia o de cortesía…*" (art.84 Co. Có.).
>
> *Segundo ejemplo sobre la misma idea. En estas condiciones pudiera ser que la norma extrajera no fije plazo, en cuyo caso, se aplicará el plazo fijado por la ley mexicana o bien, fije un plazo más amplío (20 días), y el juez mexicano aplicará el plazo establecido por la ley extranjera; pero si el plazo fijado por la ley extranjera es menor, el juez podrá considerar que un plazo tan corto (tres días) es demasiado restringido y contrario por ese motivo a su orden público, el juez no aplicaría la norma extranjera por lo que respecta al plazo y aplicaría el plazo fijado por el citado art. 83.*

Las normas de conflicto, como ya lo hemos mencionado, en lugar de hipótesis están conformadas con categorías jurídicas y, por tanto, deben ser abiertas y desvinculadas de las respectivas categorías nacionales: *contrato*, *matrimonio*, *adopción*, etc. En México, *el matrimonio es laico y está sujeto a regulaciones específicas*; sin embargo, podría preverse que la categoría *matrimonio* abarcara no solo lo que el derecho mexicano conoce como *matrimonio laico, o contrato civil, sino también el matrimonio religioso católico, musulmán, etc.* Esta desvinculación del derecho interno, por sus propias nociones, implica a su vez la creación de categorías propias e independientes que solo podrán lograrse con base en el derecho comparado. En otras palabras, cuando nos referimos a la creación de nociones más amplias nos estamos refiriendo a la labor constructiva que debe llevar a cabo el juez. Así, el ejemplo sería el siguiente:

> *El juez mexicano debe decidir si el matrimonio celebrado en España por la Iglesia es válido o no en México. Si aplica su categoría interna e interpreta conforme a su propio derecho, que establece que el matrimonio es únicamente un contrato civil, podría responder que el matrimonio religioso no es válido; si por el contrario, el juez mexicano lo analiza de acuerdo con el derecho español, va a encontrar que es perfectamente válido y lo hará con un criterio funcional: se trata de una institución similar a la mexicana en la que hombre y mujer se reúnen para preservar la especie formando una familia, etc. y por tanto, lo correcto jurídicamente es que le otorgue plena validez en México. Al hacerlo así el juez mexicano le estaría dando continuidad a las relaciones jurídicas propias del tráfico jurídico internacional.*

El Tribunal Quinto Colegiado del *Primer Distrito*, en la decisión antes citada definió a la *calificación* en los términos siguientes: "*En su sentido jurídico, consiste en determinar la naturaleza jurídica de una relación con el fin de clasificarla en una categoría regulada*

por el derecho; o bien, el razonamiento por el cual se decide de una serie de hechos quedan referidos o comprendidos en la norma." Se trata, como puede apreciarse de una definición que involucra varios elementos que nos ayudaran al cabal conocimiento del concepto de la calificación. *Primero* se define si una supuesta relación o determinados hechos pueden considerarse con consecuencias jurídicas, y si estas serán determinadas por el propio derecho que se haya considerado aplicable, pero, sobre todo, cómo el derecho extranjero aplicable define a la institución de que se trate. Sin que sea planteado como un concepto excluyente, sino más bien complementario, el Tribunal Colegiado afirma que la calificación es un razonamiento, efectivamente lo es. Su objetivo consiste, una vez determinada la ley aplicable, en definir los hechos que comporta la relación y en qué medida son conceptos jurídicos o instituciones, conforme a ese derecho que resultó aplicable.

7.3 El reenvío.

Recordemos que, conforme a la calificación, el juez del foro sabe cuál es el derecho que debe aplicar y cómo debe hacerlo. Ahora bien, suele suceder que en la remisión que está haciendo al derecho extranjero surja una duda: la remisión efectuada por la norma de conflicto, ¿la hace al derecho extranjero en su conjunto (*normas sustantivas y normas conflictuales*)? ¿Únicamente *al derecho sustantivo extranjero*? ¿O quizá solo a las normas de conflicto externas?

En el primer supuesto, ¿qué sucederá si la norma conflictual extranjera es diversa y si, aplicado el derecho extranjero, surge una cuestión que debe resolverse antes conforme a ese mismo derecho o de acuerdo con un derecho distinto? En estas interrogantes se resumen dos problemas: *el reenvió y la cuestión previa*.

En respuesta a las preguntas anteriores, si la norma conflictual del foro remite a la norma *sustantiva extranjera*, se aplicará ésta; si es igual en categoría que la ley del foro (*los actos jurídicos se rigen en cuanto a su forma por las leyes del lugar donde se celebren),* cabe decir que se estará en presencia de una *remisión simple* porque habrá una convalidación en la remisión hecha por la regla de conflicto.

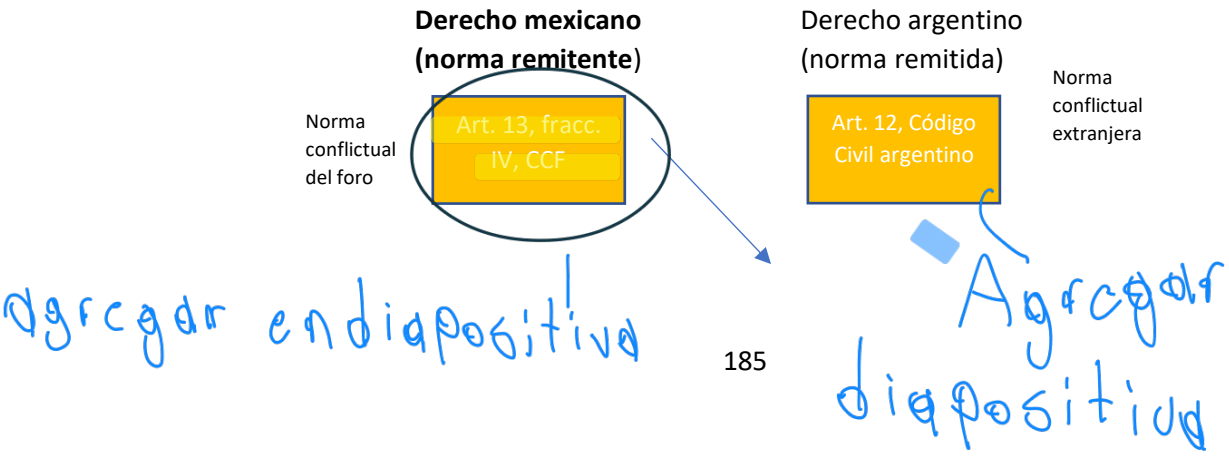

Figura 7.1 Esquema de la remisión simple.

Ejemplo:
Ante un juez de la Ciudad de México *se invoca la nulidad de un contrato celebrado en Argentina,* porque no se cumplió con los requisitos de forma previstos en ese país.

> *El juez mexicano consultará su norma de conflicto, es decir, el art. 13, fracc. IV, del CCF, que en este caso establece: "La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren…" Y como el contrato se celebró en Argentina, el juez consultará las normas sustantivas argentinas correspondientes y constatará si efectivamente se ha cumplido o no con los requisitos de forma. Aún más, de acuerdo con esa ley determinará si la forma es un requisito de validez para los actos jurídicos.*

Es importante señalar que, en *materia de* ***autonomía de la voluntad****, vinculada con el principio locus regit actum*, el reenvío no se aplica porque iría en contra de la seguridad jurídica; es decir, las partes en el contrato decidieron que, al firmar su contrato en un lugar específico, sería una determinada ley la aplicable a la forma del contrato y su relación hacerla regir por la ley designada aplicable, por lo que debe respetarse su libertad contractual. De esta manera, el reenvió se aplica en otros casos que veremos a continuación.

En un caso reciente, la jurisprudencia estadounidense se pronunció en un sentido interesante. Veamos brevemente el caso:

> *Una cadena de hoteles (Red Líon) domiciliada en Washington celebró un contrato de franquicia con un franquiciante domiciliado en California. El franquiciante demandó al franquiciatario por incumplimiento del contrato ante un tribunal federal. Se pidió por el demandante la aplicación del derecho del estado de Washington y el tribunal condicionó la aplicación del derecho de este lugar en la medida en que fuese. "Acorde a nuestros mismos términos para poder ser aplicable" y concluyo que el legislador de Washington lo que buscaba era la promoción de los negocios de franquicias en su estado a fin de que los franquiciantes sean justamente tratados y con ello lograr un mercado de franquicias adecuado. Lo interesante de este asunto es que el tribunal federal para la selección de la ley aplicable, llevo a cabo un examen*

a fin de escogerla mediante requisitos previo y de esa manera condicionó su aplicación. De otra forma hubiera habido un reenvío en primer grado a la legislación de California que no establecía una política legislativa sobre este tema, por lo que el juez consideró más apropiada la ley de Washington. Al hacerlo así, estaba conduciendo al reenvío aun objetivo que era el establecido en las leyes de ese estado respecto a las franquicias.

Ahora bien, si la remisión de la norma de conflicto es al derecho en su conjunto, *incluidas las normas sustantivas extranjeras, podrán presentarse las dos posibilidades* siguientes:

a) *Que las normas conflictuales extranjeras sean idénticas o semejantes a las nacionales. En este caso, se confirmará la remisión al derecho extranjero por la norma de conflicto del foro.*

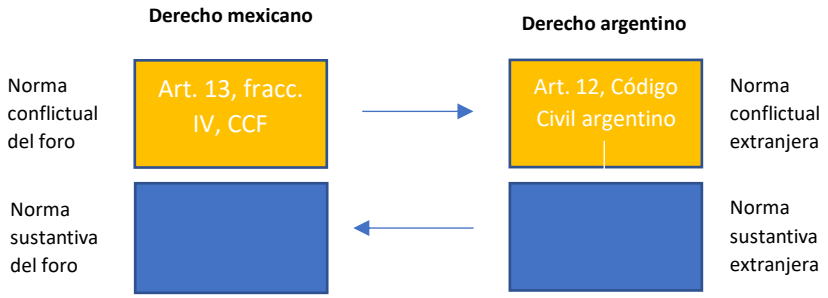

Figura 7.2 Esquema de la remisión al derecho extranjero por la norma de conflicto del foro.

El art. 12 del Código Civil argentino es la norma conflictual extranjera: en él se establece *que las formas y solemnidades de los contratos y de todo instrumento público se rigen por las leyes del país donde se hubieran otorgado*. El contrato se ha otorgado en Argentina; por tanto, la norma de conflicto de ese país confirma la designación hecha por la norma conflictual mexicana.

b) *Que las normas conflictuales extranjeras no sean idénticas o semejantes a las nacionales. En este caso surgen dos problemas*:

1. *Que las normas conflictuales extranjeras remitan a su vez al derecho del foro – en este caso estaremos frente a una norma conflictual de retorno – y que el juez del foro admita la remisión, con lo cual se configura el reenvío simple o en primer grado.*

2. *Que las normas conflictuales extranjeras remitan a su vez al derecho de un tercer país, lo cual da lugar al reenvío en* ***segundo grado****.*

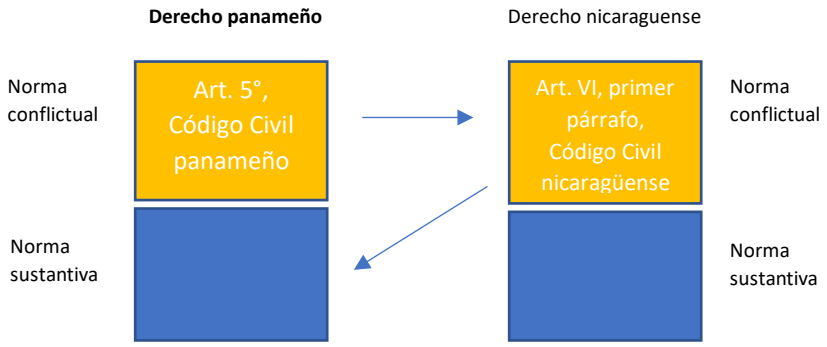

Figura 7.3 Reenvío simple o reenvío de retorno.

La norma conflictual extranjera remite, a su vez, al derecho del foro y el juez del foro admite la remisión, con lo cual se configura al reenvío simple o reenvío en primer grado, también llamado *reenvío de retorno.*

En la figura 7.3 se trata el caso de un nicaragüense domiciliado en Panamá, quien comparece ante un juez de ese país en un juicio en el que habrá de determinarse alguna *cuestión relativa a su capacidad*. Conforme al *Código Civil panameño* de 1927, debe seguirse el sistema de ley nacional, pues su art. 5-A establece: "*Las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los panameños, aunque residan en países extranjeros*". Así, conforme a la norma de conflicto panameña, el juez de este país tratará de aplicar al nicaragüense domiciliado en Panamá la norma de Nicaragua correspondiente (*ley nacional)*. Pero la norma conflictual nicaragüense difiere de la panameña, ya que dispone lo siguiente: "La capacidad civil de los nicaragüenses **se rige por *la ley de su domicilio*"** (art. VI, párrafo 1, Código Civil nicaragüense de 1904); *es decir, al estar el nicaragüense domiciliado en Panamá, resultará aplicable, de acuerdo con la norma conflictual citada*, la norma panameña.

Si el juez panameño acepta la remisión que hace la norma conflictual nicaragüense, se estará en presencia del reenvío simple, que suele ser el caso más frecuente. Sin embargo, cabe destacar dos situaciones:

1. *En el caso del reenvío simple se estará frente al llamado conflicto negativo, en el cual, dada la disparidad de normas conflictuales en sentido estricto, no habrá propiamente competencia de ninguna de las normas en presencia, que es precisamente lo que se trata de evitar con el reenvío, como lo veremos a continuación; pero el juez del foro (el juez panameño) deberá resolverlo de alguna manera y, por tanto, aceptará la remisión efectuada por la norma conflictual extranjera y aplicará su propia ley.*

Como se verá más adelante, esta situación se encuentra reglamentada en varios sistemas jurídicos que, al regular el reenvío simple, establecen la obligación del juez de aceptar la remisión.

2. *Debido a la situación planteada (de aceptación de la remisión), el juez del foro, en casos extraordinarios e irregulares, puede usar el sistema conflictual propio y el extranjero para lograr una remisión que luego aceptará, es decir, aplicar su propia ley mediante un subterfugio.*

La doctrina y la jurisprudencia *contemporáneas* rechazan este tipo de proceder, por cierto, la historia del reenvío en el siglo XIX (1878) se inicia precisamente con un proceder irregular de este tipo en el caso forgo. Sin embargo, como lo señala Bernard Audit, en contra de un rechazo dogmático del reenvío "la admisión o el rechazo del reenvío depende de la materia dentro de la cual se suscite el caso y de las condiciones que inspiran a la regla de conflicto, es decir, que conviene poner en operación un razonamiento funcional". Cuando el autor se refiere a un "***razonamiento funcional***" es para subrayar que la dificultad que implica la utilización de un reenvío, debe tener un objetivo positivo; es decir, que se logre a través de su aplicación resolver un asunto que de otra manera, con la aplicación de una de las leyes en presencia, no se lograría, como por ejemplo, el que se defienda el ***"interés superior del menor"*** que de otra forma quedaría desprotegido, lo mismo si se tratare de un consumidor, o bien, casos específicos en materia de Estatuto personal como es nuestro ejemplo y siempre sobre la base de la coordinación de sistemas jurídicos.

Un supuesto más: la norma conflictual extranjera remite, a su vez, al derecho de un tercer Estado (véase figura 7.4)

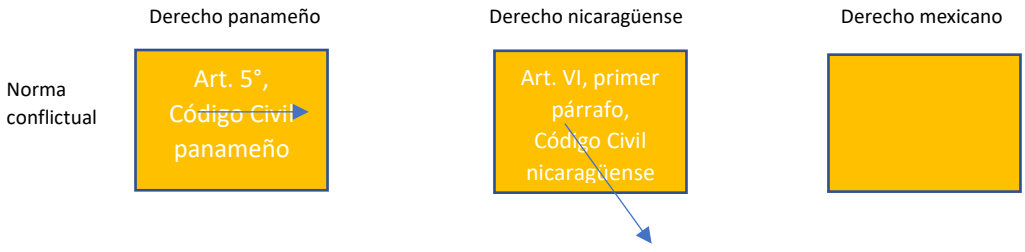

Figura 7.4 Reenvío en segundo grado

Cambiemos ahora el punto de conexión de la persona nicaragüense dado en el ejemplo anterior; es decir, en vez de estar domiciliada en Panamá, se encuentra en la Ciudad de México. Así, con motivo de un litigio presentado ante el juez panameño y en el cual este deba pronunciarse acerca de la *capacidad del nicaragüense* (*ley de domicilio*), esta ley lo remitirá al derecho mexicano, específicamente al *Código Civil para el Distrito Federal*, lugar del domicilio del nicaragüense; en este caso, la norma aplicable será la mexicana. Si el juez panameño acepta esta remisión, se estará en presencia del *reenvío en segundo grado*, el cual es poco frecuente. Se ha criticado este método de remisión porque podría dar lugar a un reenvío a varios sistemas, es decir, en el ejemplo, que la norma conflictual mexicana reenviase, a su vez, a un cuarto sistema y así sucesivamente. Sin embargo, los puntos de conexión en toda relación jurídica son limitados, lo que elimina la posibilidad apuntada.

A partir de lo dicho acerca del reenvío se impone un juicio valorativo, a fin de constatar su utilidad y factibilidad en este sentido, es importante la afirmación del profesor español Carrillo Salcedo, quien de acuerdo con Neuhaus y Aguilar Navarro señala que son pocos los autores que se muestran totalmente partidarios del reenvío; del mismo modo, son escasos quienes lo rechazan en forma indiscriminada. Esto es así porque, debido al necesario juego de la norma conflictual, el rechazo total equivaldría a ignorar su naturaleza, pero tampoco puede admitirse en todos los casos porque con ello se plantearían problemas serios. A continuación, ilustramos ambas situaciones.

1.- *El reenvío no puede ser rechazado indiscriminadamente, pues suele ser el resultado del libre juego de la norma conflictual. Según el ejemplo de la persona de nacionalidad nicaragüense domiciliada en Panamá, su capacidad será regida por el derecho panameño debido al reenvío que efectuó la norma conflictual de Nicaragua. Se trata de un caso típico en el cual dos normas conflictuales con contenido diverso se coordinan mediante el reenvío para lograr una solución uniforme. Debe recordarse que en este caso la norma conflictual nicaragüense (ley de domicilio) ha operado por la competencia que ha sido otorgada por la norma conflictual panameña (ley nacional). Véase la figura 7.3.*

Si bien en el caso anterior se puede constatar una coordinación de normas conflictuales, no siempre sucede así, por lo que el reenvío no se debe sostener de manera indiscriminada. Esto se puede ver en un ejemplo contrario al anterior, es decir, un panameño domiciliado en Nicaragua: el juez nicaragüense aplicará su propio derecho en virtud de que su norma conflictual (*ley del domicilio*) así lo exige (*no hay remisión a derecho extranjero alguno*). En ese caso, la norma conflictual panameña declarará igualmente competente a su propio derecho (véase figura 7.5).

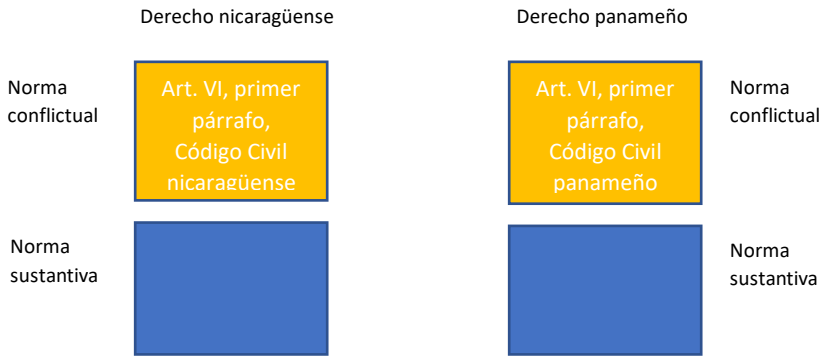

Figura 7.5 Conflicto positivo.

Como se advierte, se está en presencia de una falta de coordinación de normas conflictuales, denominada *conflicto pasivo*, el cual indica que ambas normas conflictuales reivindican competencia.

> ***2.*** *El reenvío no puede admitirse indiscriminadamente en todos los casos. Cuando pueda ocasionar problemas a las normas conflictuales y el juez del foro considere que con la aplicación del reenvío no logrará el objetivo que se propone – un objetivo* ***funcional,*** *– como lo señala Audit--, dicho proceder debe rechazarse a fin de emplear otro recurso.*

Varias legislaciones y jurisprudencias han aceptado el reenvío y lo han reglamentado, como es el caso de Alemania (*donde se admite hasta el reenvío en segundo grado*). Austria, Francia, Hungría, Inglaterra, Israel, Polonia, República Checa. En México, en la *Ley de Navegación y Comercio Marítimos*, que ya citamos estuvo vigente hasta el 4 de enero de 1994, se establecía en el art. 3°, párrafo 4: "Si de acuerdo con las leyes del Estado extranjero, se declaran competentes las leyes nacionales, hay lugar para aplicar las leyes mexicanas y serán estas las que se apliquen."

Está formula reglamentaba en forma precisa el reenvío simple, al indicar al juez mexicano que debía aplicar su derecho en caso de un reenvío por parte del derecho extranjero.

En el ámbito internacional existen algunas convenciones que se refieren al reenvío y a la necesidad de la coordinación de los sistemas jurídicos nacionales. Entre ellas hay dos ratificadas por México:

1. *Convención Interamericana sobre Normas Generales, de 1979, art. 9.*

2. *Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores, de 1984, art. 19.*

En México, el sistema establecido por el CCF y en alguna medida por el CCDF incorpora elementos modernos de esta institución que fueron tomadas de la primera de las convenciones mencionadas, como es el caso del primer código citado, que en su art. 14, fracc. II, señala: "***Se aplicará el derecho sustantivo extranjero, salvo cuando dadas las especiales circunstancias del caso, deban tomarse en cuenta, con carácter excepcional, las normas de conflicto de ese derecho, que hagan aplicables las normas sustantivas mexicanas o de un tercer Estado***".

Como puede observarse en esta disposición, cuando se trata de la aplicación del derecho extranjero, el principio general es que se aplique el *derecho sustantivo* para evitar así el reenvío; sin embargo, la disposición admite que en los casos excepcionales sean aplicadas las normas de conflicto extranjeras, aunque de manera limitada en cuanto a sus efectos, es decir, siempre que la designación del derecho aplicable que hagan a su vez sea limitada a las normas mexicanas, o bien, a un reenvío de segundo grado, es decir, a las normas de un tercer Estado.

Hasta aquí

7.4 Cuestión previa.

Una vez designado el derecho aplicable (*nacional o extranjero*), puede surgir – caso excepcional – la llamada *cuestión previa* o *cuestión preliminar*, que consiste en lo siguiente: *el juez del foro ya ha designado el derecho aplicable*; sin embargo, en el caso que se le presenta existe una cuestión que debe resolver para poder seguir adelante y requiere saber si esa *cuestión previa* o *preliminar* debe ser resuelta con la aplicación de la ley designada aplicable o de otra ley.

Ejemplo:

> *Conforme al art. 1012 del Código Civil colombiano de 1942: "La sucesión en los bienes de una persona se abre en el momento de su muerte en su último domicilio, salvo los casos expresamente exceptuados. La sucesión se regula por la ley del domicilio en que se abre, salvo las excepciones legales*."

Ahora bien, supóngase que una persona fallece domiciliada en México y deja en Colombia bienes inmuebles. Ante el juez colombiano, un hijo adoptivo del ahora difunto demanda la apertura de la sucesión, y aquél, con base en el art. 1012 citado, determina como derecho aplicable a la sucesión el derecho mexicano (*ley de domicilio del hoy difunto).*

> *Hasta aquí se está en presencia de una remisión simple que le ha permitido saber al juez colombiano cuál es el derecho aplicable; pero supóngase que un pariente colateral del difunto o un descendiente impugna ante el propio juez la validez de la adopción realizada en un tercer país y, en consecuencia, el derecho del hijo adoptivo a reclamar la herencia. Entonces surge una situación diferente, la cual plantea una serie de interrogantes que el juez colombiano debe resolver antes de seguir adelante: ¿deberá volver a consultar su propia norma de conflicto para saber cuál es el derecho aplicable a la cuestión principal (sucesión) y determinar cuál es el derecho que debe regir la adopción (cuestión previa)?*

La cuestión previa, como problema específico del derecho conflictual, se presenta en el momento de aplicar una ley material extranjera a una cuestión de derecho (llamada *principal, cuestionada* o *dependiente*, que a su vez produce otra cuestión, *prejudicial, incidental* o *condicionante*), a la que se encuentra ligada por un vínculo de subordinación lógica-jurídica. Surge entonces la pregunta sobre el derecho de conflictos competente para indicar la ley que ha de resolver la segunda de estas cuestiones: *¿derecho de conflicto del foro o derecho de conflicto del ordenamiento que rige la cuestión principal*? Se trata, por tanto, de averiguar si la cuestión principal deberá ser objeto de una conexión autónoma –según la *lex formalis fori*- o de una conexión subordinada –de acuerdo con la *lex formalis causae*- Ejemplos:

> En el art. 14 del CCF: "En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente: … IV. *Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deberán resolverse necesariamente de acuerdo con el derecho que regule a esta última*."

Como podemos ver, se trata de regular una conexión autónoma.

Otro ejemplo. *Se trata del famoso caso Pannoncannmalle contra Ndidimoutopelle, resuelto por la Corte de Casación francesa en 1993 y que se considera el inicio de la construcción de este concepto. El siguiente es un apretado resumen del caso.*

*Se trata de una familia inglesa originaria de la india (*que en esa época colonial británica). *El padre era dueño de una gran fortuna, constituida en parte por bienes inmuebles ubicados en la Cochinchina (*ahora Vietnam y parte de Laos y Camboya), *en aquel entonces colonia francesa, el padre tuvo varios hijos dentro del matrimonio y adoptó a uno más fuera de matrimonio. Esta adopción fue hecha de acuerdo con el derecho de la India. El hijo adoptivo falleció antes que su padre y a su muerte dejo, a su vez, un hijo. El padre de familia falleció posteriormente, en 1925, y dejó un testamento hecho el 14 de noviembre de 1922 ante un notario de las Indias Francesas. Nótese que hasta aquí ya tenemos dos leyes en presencia:* la ley de la India, en realidad ley inglesa por el origen de la familia jurídica a que pertenece, y la ley francesa, *por la ubicación de los inmuebles y del notario ante el cual se expidió el testamento.*

Mediante su testamento, el padre de familia desheredó al hijo de su hijo adoptivo, es decir a su nieto. Este nieto, representado por su madre, la señora Pannoncannmalle, impugnó el testamento. La razón de la impugnación es la siguiente: de acuerdo con el derecho francés, el nieto tiene derecho de concurrir a la sucesión en calidad de "*heredero legitimario*", *ocupando el lugar de su padre ya fallecido. El Tribunal de Saigón (1928), la Corte de Saigón (1929) y la Corte de Casación francesa (1931) rechazaron la demanda de impugnación del testamento conforme a las razones siguientes: la adopción que el padre realizó de su hijo adoptivo fue válida de acuerdo con el derecho de la India --- que era el derecho ingles aplicable en aquel entonces, en tanto, colonia inglesa, y ese derecho permitía que un padre con hijos nacidos del matrimonio pudiese adoptar a otro persona*, *fuera del matrimonio—y porque además la ley de la India era la ley personal del adoptante y del adoptado.*

En la Convención Interamericana sobre Normas Generales, ratificada por México, en el art. 8 se establece lo siguiente:*" Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal no deben resolverse necesariamente de acuerdo con la ley que regula esta último":*

Este texto fue recogido íntegramente por el CCDF en su art. 14, fracc. IV, al que ya nos referimos. En esta disposición se puede ver con claridad que se deja en libertad al juez en el sentido de que "*no se debe resolver necesariamente"* la cuestión previa con la aplicación de la ley que rige a la cuestión principal, o sea, que la disposición comentada posibilita una conexión autónoma, la cual consiste en que, *una vez determinado el derecho aplicable a la cuestión principal, este dispositivo de acceso* a un derecho diferente, que sería el aplicable a la cuestión preliminar. En el ejemplo Pannoncannmalle que acabamos de citar, el resultado hubiera sido: *aplicación del derecho sucesorio francés, cuestión principal, y derecho hindú para validar la adopción de un hijo fuera de matrimonio.* La esencia es: *calificar de acuerdo a cada ley, sea principal o de cuestión previa.*

Una vez identificada la norma extranjera susceptible de aplicarse, es necesario verificar si está acorde con el orden público del foro y, por tanto, si es posible la aplicación y si esta no ha sido producto de un fraude al sistema jurídico de tal orden.

7.5 Concepto de orden público.

Este concepto, de cierta antigüedad en materia concflictual, hoy en día resulta un elemento de gran importancia. En este tema la doctrina se ecuentra devidida. A continuación se nalizarán algunos de sus aspectos generales, con el fin de dar una idea, así sea esquemática, acerca de este concepto. Para limitar el alcance de la noción de orden público en materia conflictual, es conveniente hacer *dos distinciones*:

1. *Entre lo que debe de entenderse por orden público tanto en el derecho interno como en el DIPr, por un lado, y*

2. Entre *leyes territoriales* o *leyes de aplicación inmediata* y el concepto de *orden público*, por el otro.

En primer lugar, el concepto de orden público en el ámbito interno mexicano se define en el art. 6° del CCF: "*La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero*."

Al respecto, la jurisprudencia ha establecido: "Para que el **orden público** esté interesado, es preciso que los intereses (*involucrados*) sean de tal manera importantes que, no obstante… la aquiescencia del interesado, el acto prohibido pueda causar un

daño a la colectividad, al Estado o a la Nación. En una tesis de tribunales colegiados de circuito se define al orden público.

De este modo, el concepto de *orden público* en el derecho interno mexicano significa un límite a la autonomía de la voluntad, el cual puede ocasionar la nulidad del acto jurídico llevado a cabo en ejercicio de ella, mientras que en el DIPr dicho concepto tiene una connotación diferente, aunque vinculada. Se caracteriza *por ser un medio de que se vale el órgano aplicador del derecho, normalmente el juez, para impedir la aplicación en el foro de la norma jurídica extranjera designada competente*. Así, por ejemplo, si las partes en un contrato celebrado en el extranjero han violado el principio establecido en el art. 6° del CCF citado, *el juez mexicano no le otorgará efectos en México por considerar que un acto celebrado de esa forma va en contra* del **orden público** nacional. Enseguida exponemos un ejemplo.

> *Nos referimos antes al caso en el cual capital mexicano y capital extranjero participan en sociedades mexicanas; los accionistas pueden convenir que todas sus diferencias sean solucionadas por cláusula arbitral, pero no pueden derogar por mutuo acuerdo disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en lo que toca al funcionamiento de ese tipo de sociedades, porque se considera que la regulación debe ser única y unívoca, sobre todo en reglas como la igualdad y el derecho al voto, el sistema de votación y la aprobación de los acuerdos.*

En segundo lugar, a veces se ha llegado a confundir lo que se entiende genéricamente por *leyes* o *normas jurídicas territoriales* o *de aplicación inmediata*, con el concepto de *orden público*. Por leyes o normas jurídicas territoriales se han considerado todas las normas del sistema que, por tener ciertas características, deben aplicarse, como su nombre lo indica, territorialmente (*normas procesales, fiscales, aduanales, penales, de seguridad y salud pública,* etc.); sin embargo, la doctrina contemporánea se ha encargado de distinguir entre este tipo de normas, denominadas de *aplicación inmediata*, de *aplicación necesaria* o *autolimitantes*, y las de *orden público*. En todo caso, lo que subsiste en las leyes o normas territoriales (las autolimitantes) es el deseo del legislador de que en circunstancias determinadas sean aplicables de manera invariable en su territorio.

Por su parte, el concepto de *orden público* en el DIPr es el medio de que se vale el juez para impedir la aplicación en el foro de la norma jurídica extrajera aplicable, tiene una base más amplia y esto es lo que ofrece dificultades para su determinación. Esta dificultad de precisión del *orden público* queda evidenciada por la doctrina; así, se ha dicho que el juez utilizará el medio que representa el concepto de *orden público* para evitar, según Savigny y Bartín, la admisión de elementos heterogéneos en determinada

comunidad de derecho o en la comunidad jurídica; o, según Niboyet, para conservar un "*minimum de equivalencia de instituciones*"; o como afirma Lerebousrs-Pigeonniere, para preservar cierta *política legislativa.* Esta propuesta, renovada, es la que mencionamos que se está llevando a cabo con los Reglamentos Roma I y Roma II y sobre el cual empiezan a darse planteamientos interesantes, rompiendo así con los paradigmas clásicos de puntos de contacto, especialmente los puntos de contacto rígidos.

Se discute si leyes de aplicación inmediata y orden público son en el fondo el mismo concepto porque ambos tienen un objetivo demejante: excluir la aplicación de la ley extranjera.

El orden público en un sistema jurídico determinado es variable. No se puede decir que el *orden público en un sistema musulmán es el mismo que en uno cristiano occidental, pues entre los dos hay una diferencia cultural que se refleja, por lo menos, en algunos aspectos fundamentales, principalmente en los derechos de la mujer*. Se tratará entonces de una falta de comunidad jurídica en los términos expresados por Savigny. Lo mismo podría aplicarse al *mínimum* de equivalencia de instituciones a que se refiere Niboyet.

A la vez, esa variedad se refleja en un sistema jurídico determinado porque lo que se considera contrario al orden público en un momento dado puede no serlo en fecha ulterior, y a esto se refiere Lerebours—Pigeonniere cuando dice que debe preservarse cierta política legislativa. Como un extremo en esa conceptualización está la idea que algún día tuvieron ciertos autores en determinados países europeos: el orden público "*es un concepto para defender los principios de las naciones civilizadas".* Por extrema, esa afirmación es ilustrativa; con ella se intenta expresar que ningún juez debe aplicar leyes extranjeras que puedan afectar los principios establecidos dentro de una sociedad civilizada, como podría tratarse de una ley que viole los *derechos humanos.*

El órgano aplicador del derecho, al utilizar el método conflictual tradicional, puede identificar y determinar, como lo hemos visto (*mediante el proceso de la calificación) la* ley aplicable. Pero si en ese momento el juez se da cuenta de que si se aplica dicha ley se pueden provocar problemas en su sistema jurídico, o simplemente considera que no resulta conveniente (*con base en el concepto de orden público),* el juez tendrá amplía discrecionalidad para desecharla. Ello resulta razonable porque el juez, en ese sentido, debe salvaguardar la unidad sistemática de su propio orden jurídico. Su sentencia significa la expedición de una norma particular que se adicionará al sistema y que debe ser coherente con este; en tales condiciones, resultaría indebido proceder de manera diversa a fin de contribuir a preservar una política legislativa determinada.

De lo anterior se deduce que el análisis de la norma extranjera aplicable debe efectuarlo el juez nacional precisamente con motivo y en el momento de su aplicación, lo cual lleva a formular los principios siguientes*: ninguna norma puede considerarse, en abstracto, contraria al orden público del foro – lo que es contrario hoy podría no serlo mañana--lo* cual a su vez implica la relatividad de dicho concepto. Por ello resulta ocioso pretender determinar *a priori* en que casos ciertas normas pueden estimarse contrarias al orden público del foro. Incluso en un mismo país, el simple transcurso del tiempo suele provocar el cambio conceptual que permite aplicar normas que previamente, en condiciones similares, hubieran sido rechazadas. Veamos los ejemplos siguientes.

> *En el Código Civil mexicano de 1870 no se contemplaba el divorcio vincular, pues el legislador de la época consideraba que el vínculo matrimonial no debía disolverse. En estas condiciones, cualquier demanda de divorcio vincular formulada ante los tribunales mexicanos, con base en que la ley personal de los cónyuges extranjeros lo permitía, se habría rechazado. La razón consiste en que la ley normalmente competente (*ley personal de los cónyuges*) no habría podido aplicarla el juez por ser contraria al orden público mexicano, pues, conforme a este, el matrimonio resultaba indisoluble (*política legislativa*). Este criterio fue confirmado en el Código Civil de 1884; sin embargo, en 1914,* con la Ley del Divorcio*, y* con la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, *el mismo caso, ante el mismo juez, habría sido posible en la medida en que se aceptó la disolución del vínculo familiar (*cambio en la política legislativa*).*
>
> *Un último ejemplo: en 1928 los tribunales franceses (*Corte de Casación, sentencia de 5 de marzo, caso La Ropit*) afirmaron, con motivo de una expropiación efectuada por el gobierno soviético, que resultaba contrario al orden público prevalecerse en Francia de un derecho adquirido en el extranjero sobre un bien mueble cuyo propietario había sido desposeído sin indemnización "*justa y previa". *Tal criterio fue confirmado en el caso de Potasa Ibérica, en 1939 (*Corte de Casación, sentencia del 14 de marzo), *pero después de la Segunda Guerra Mundial, cuando el propio gobierno francés llevó a cabo una serie de expropiaciones, confiscaciones y nacionalizaciones, el criterio empezó a cambiar y en 1969 la misma Corte de Casación, frente a las nacionalizaciones argelinas de empresas aseguradoras francesas, declaró que era necesaria una indemnización, siempre que esta fuera por lo menos equitativa y previamente fijada, aunque se pagará más tarde. El criterio fue sustituido por uno más amplio y el que solicitaba que la indemnización fuera previa cambio por otro según el cual se pedía que por lo menos se demostrase la intención de pago.*

Un último ejemplo; en la Ley de Sociedades de Convivencia para el Distrito Federal se establecen varios derechos para las parejas homosexuales. Antes de la entrada en vigor de esta ley (2007), cualquier derecho que otorgase una ley extranjera a favor de una pareja homosexual hubiera sido rechazado como contrario al orden público del Distrito Federal. Lo mismo se puede decir del derecho de las parejas de homosexuales a adoptar un menor, declarado constitucional por la Suprema Corte de Justicia.

En el CCF vigente, la disposición acerca del concepto de *orden público* contempla una serie de elementos modernos y se plantea en términos claros en el art. 15, fracc. II, que determina los casos en que no se aplicará el derecho extranjero: *cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano.* Como se observa, en este concepto se consideran tres elementos:

1.- *Que la disposición del derecho extranjero sea contraria al orden público mexicano. Para ello, basta que el juez mexicano interprete el sentido de la disposición extranjera y compruebe que es contraria al orden público mexicano y, por tanto, la rechace; por ejemplo, la aplicación de una ley de origen musulmán, que permite al marido* "**repudiar"** *a su esposa y con ello llevar a cabo el divorció, sin que la cónyuge tenga derecho a ser escuchada por el juez*. *Una ley de tal naturaleza no podría aplicarse, porque estaría en contradicción con el principio constitucional mexicano de que toda persona debe ser oída y vencida en juicio (art. 14 constitucional, párrafo 2).*

2.- *Qué como resultado de su aplicación, las disposiciones del derecho extranjero sean contrarias a principios e instituciones fundamentales del orden público mexicano; esto es, si bien dichas disposiciones no eran contrarias al mismo, cuando el juez va a aplicarlas se da cuenta de que provocará una contrariedad con dicho orden público. Por ejemplo, de acuerdo con el* Código Civil para el Estado de Veracruz*, es procedente el cambio de nombre de una persona (art. 61), aun cuando se trate de una decisión voluntaria (fracc. II). Aunque a primera vista una disposición de este tipo no parecería contraria al orden público del Distrito Federal donde se permite* modificar o ratificar *actas del estado civil (art. 134), la jurisprudencia ha rechazado dicho cambio si se trata de un "simple capricho", como sería la decisión voluntaria permitida por el Código Civil de Veracruz. Dicho, en otros términos: la disposición no es contraria en sí al orden público establecido por* el Código Civil para el Distrito Federal*, pues este prevé una institución parecida, pero el resultado de la aplicación de una ley –de carácter estrictamente voluntario—ofende lo que los tribunales del Distrito Federal han decidido al respecto:* prohibir que alguien se cambie el nombre por

simple capricho*. Independientemente de lo anterior, este supuesto podría servir de ejemplo para el fraude a la ley y para el concepto de institución desconocida, que se estudiara.*

3.- *Que las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones del orden público mexicano. Esto implica que el juez nacional no pueda decidir en forma caprichosa que cierta ley es contraria al orden público en abstracto, sino que deberá referir la contrariedad específica con el principio o la institución jurídica. El haber establecido el adjetivo mexicano en la disposición comentada obedece a la idea de dejar en claro que siempre será una contrariedad precisa con una norma especifica del derecho mexicano, para así obligar al juez a declararla en ese sentido y justificar su aplicación.*

Como lo hemos mencionado, el tema del orden público en el DIPr *es amplio y complejo en la práctica: se trata de aplicar una determinada ley o ejecutar una sentencia extranjera, lo cual mueve necesariamente al juez a una evaluación de los hechos y los argumentos que presenta cada parte*.

Ya hemos señalado que el concepto de orden público en el DIPr se plantea en su origen como una regla derogatoria del libre juego de la regla de conflicto, que tiene por objeto coordinar la aplicación de normas entre los sistemas jurídicos nacionales. Esto quiere decir que al impedirse la aplicación de la norma extranjera se está afectando de modo negativo la continuidad del tráfico jurídico internacional, porque finalmente el objetivo conflictual no se alcanzará.

El Código francés prohibia hasta hace algunos años la adopción de un hijo habido fuera de materimonio, e incluso su reconocimiento. Una ley que se hubiera querido aplicar en Francia en esa época se habría estrellado con el concepto de orden público, la política legislativa de aquel momento. Ahora la ley a cambiado y ya existen la adopción y el reconociento de hijos fuera del matrimonio.

El divorcio es otro caso. En varias legislaciones la disolución del vínculo matrimonial no existía hasta hace 30 o 40 años, como fue el caso de Italia, España y varios países sudamericanos, por lo que la aplicación de una ley de divorcio en virtud del estatuto personal de extranjeros domiciliado en esos países hubiera sido contraria al orden público cuya política legislativa había omitido esta institución.

En la doctrina mexicana el concepto interno y externo del orden público incorpora elementos que se discuten en la doctrina internacional. El profesor Joege Silva nos

dice: “El orden público ha sido entendido *como el conjunto de reglas en que reposa el bienestar común y ante las cuales ceden los derechos de los particulares”.* Asimismo, se ha dicho que el orden público *es “temporal y relativo”,* su aplicación esta a de la autoridad. Y se determina en cada caso concreto.

7.6 Fraude a la ley.

Al igual que la noción de orden público, la del fraude a la ley es un medio utilizado por el órgano aplicador del derecho para impedir la aplicación de una norma extranjera en el foro, con la diferencia de que en este caso los supuestos son distintos, pero precisables en mayor medida. Consiste en utilizar el mecanismo conflictual para lograr un resultado que de otra manera no sería posible; es decir, mediante el cambio voluntario de los puntos de contacto (*nacionalidad, domicilio, etc*.) en determinada relación jurídica se provoca, a su vez, la aplicación de una norma conflictual diferente con resultados distintos de los que se obtendrían de haberse aplicado en forma regular el procedimiento conflictual. Al respecto, Rojas Amandi señala: “El fraude a la ley se forma con actos que se encuentran autorizados por una regla, pero que se llevan a cabo sólo debido a que sirven para eludir el cumplimiento de otra u otras reglas imperativas”,

Ejemplo:

Volvamos al ejemplo dado en el caso de orden público. Como se recordará con base en el *Código Civil para el Distrito Federal* solo es posible cambiar de nombre cuando sea una necesidad o se trate, como lo ha preceptuado la Suprema Corte de Justicia, de “*ajustar el acta a la verdadera realidad social*”. Sin embargo, alguien domiciliado en el Distrito Federal decide cambiar su nombre de forma voluntaria, para lo cual se domicilia en Veracruz y, con base en lo dispuesto por el art. 61 del Código Civil de esa entidad, comparece ante el juez competente y lleva a cabo el proceso correspondiente. Con la sentencia en la mano, trata de que dicho cambio se inscriba en el Registro Civil del Distrito Federal. El registrador, con el expediente en la mano, puede rehusarse alegando precisamente que ese cambio se logró con fraude a la ley del Distrito Federal.

En el art. 15, fracc. I, del CCF vigente, se establece un concepto moderno del fraude a la ley en los términos siguientes: “*No se aplicará el derecho extranjero*: **I.** *Cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión*…”

Como se observa, esta disposición reúne los elementos principales para la determinación del concepto:

- *La evasión artificiosa, o sea, calculada o premeditada para lograr un efecto buscado que se trate de principios fundamentales, dejando al juez la flexibilidad de decidir en qué casos debe rechazar o aceptar, y*

- *La determinación por el juez del elemento volitivo, siempre difícil de identificar: la intención fraudulenta.*

En relación con este concepto de fraude a la ley, es importante señalar que a medida que los sistemas jurídicos se acercan más en sus concepciones culturales y sociales, las diferencias marcadas que había hace años van desapareciendo. Como mencionamos, hasta hace 30 o 40 años el *divorcio estaba prohibido* en *Italia, Chile y Colombia,* y ahora ya no. En Francia y en otros países europeos ya se permitía la *adopción cuando ya hay hijos nacidos del matrimonio*, etc. De esta manera, la utilización de la figura del fraude a la ley es cada día menor. Sin embargo, en materia fiscal, el fraude a la ley suele cometerse cuando un residente en México invierte sus recursos en un país que le otorgue mayores rendimientos y una tasa impositiva más baja y, de acuerdo con una ingeniería jurídica, usualmente a través de fideicomisos, puede evadir impuestos. Ahí, el inversionista, con el cambio de ubicación de sus inversiones, logra una tasa impositiva baja y no paga impuestos al Estado mexicano, *lugar de su residencia.*

7.7 Institución desconocida.

Puede suceder que el juez del foro, en el momento de aplicar una ley extranjera, encuentre que esta contiene una institución jurídica desconocida por su sistema. En estos casos habrá una gama de posibilidades: *puede ser que dicha institución no sea conocida en su derecho* y, además, s*ea tan disímbola que no haya manera de aplicar esa ley,* porque hacerlo afectaría la sistemática natural de su propio orden jurídico; sería el caso, por *ejemplo, de derechos de parentesco más allá de los reglamentados por la legislación interna o instituciones como el matrimonio por comportamiento*, previsto por la legislación del estado de Hidalgo.

Un caso diferente es el de instituciones que efectivamente no se encuentren previstas en el orden jurídico interno, pero de las que haya ciertos elementos que las asemejen a instituciones establecidas por la ley extranjera, susceptibles de aplicarse. Por ejemplo, la institución del *trust en el derecho anglosajón es parecida,* pero no idéntica, al concepto mexicano *de fideicomiso*. *El matrimonio religioso previsto en el derecho*

colombiano es parecido, pero no idéntico, al matrimonio laico previsto por el derecho mexicano. En estos casos, es decisión del juez aplicar una ley extranjera que contenga una institución no conocida por el derecho mexicano, pero asimilable. El método para lograrlo es el del derecho comparado, al cual se hará mención. En este sentido, el art. 14, fracc. III, del CCF, establece: "*No será impedimento para la aplicación del derecho extranjero, que el derecho mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable, si existen instituciones o procedimientos análogos."*

Ejemplo de figura desconocida en nuestro país.

La Necrofilia. Tener relaciones sexuales con difuntos. Egipto. (El esposo con su esposa).

La Zoofilia.- Relaciones sexuales con animales, países que lo permiten Canada, Estados Unidos lo permitieron (16 Estados vasallos), Dinamarca, Libano, (se les permite a los hombres siempre y cuando se haga con las hembras. Si es **caballo se aplica la pena de muerte**.

7.8 Adaptación.

Para finalizar con este tipo de figuras señalaremos una que se debate en Europa y a la que hicimos mención anteriormente: "*la adaptación*". Se trata de la norma material aplicable que se refiere a un concepto jurídico realizado en el extranjero. La cuestión que aquí se presente es conocer en qué condiciones esa relación de derecho extranjero puede ser sustituida por el concepto utilizado en derecho interno, tomando en consideración el efecto jurídico de ese derecho. Para lograr esa sustitución es necesario que "*exista una equivalencia funcional entre la relación jurídica extranjera y el concepto local*". Nosotros pusimos el ejemplo de *dos matrimonios*, *uno religioso y otro civil*. *El primero* se solicita que sea reconocido en un país como México, que tiene matrimonio civil; aquí la sustitución en el reconocimiento del matrimonio religioso, se daría por su equivalencia funcional: formar la familia.

Un ejemplo de esta figura lo tenemos en el art. 14, fracc. V, primera parte, del CCF, que establece:

> **Artículo 14.** En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente: … V. *Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, éstos serán aplicados*

armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos.

El método de la adaptación comenzó a utilizarse en Europa a raíz de la abolición del exequátur en el reconocimiento y ejecución de sentencias. Los tribunales locales han debido alcanzar una doble adaptación: la derivada de la *ley sustantiva*, *que se ha comentado en este apartado, y la procesal.* En este caso se pretende incorporar al sistema procesal interno instituciones del derecho extranjero que no sean contrarias a dicho sistema y que puedan funcionar en beneficio de reducción de trámites, certificaciones más rápidas y otras más, dentro de la Unión Europea.

7.9 Aplicación de normas extranjeras.

Este tema se puede abordar *desde dos perspectivas*:

I Teoría. Desde el punto de vista teórico, existen principalmente dos desarrollos doctrinales que pretenden explicar la naturaleza y el modo de llevar a cabo la aplicación de una norma extraña dentro del sistema jurídico nacional:

1. Teoría italiana del *rinvio ricettizio*, llamada también de la *incorporación*, que presenta *dos variantes:*

1.1 Conforme a la primera, *la norma de conflicto del foro, Giovanni Pacchionni afirma: al designar a la norma extranjera aplicable, cumple, además, con otra función. Mediante este proceso, la norma extranjera deja de tener tal carácter para convertirse en una norma nacional. Al producirse esta "nacionalización normativa", el juez nacional puede interpretarla como al resto de normas del sistema.*

1.2 *De acuerdo con la segunda variante, se niega que la norma de conflicto incorpore o nacionalice la norma jurídica extranjera. La función de la norma de conflicto es crear una nueva norma jurídica en el sistema, es decir, se trata de una fuente de creación normativa*.

2. Por otra parte, la *teoría inglesa*, que considera al derecho extranjero como un hecho en el proceso.

En ese país se ha explicado que la norma extranjera, como cualquier otra, consta de dos elementos: uno imperativo y otro racional; este último prevalece en el país del foro cuando se aplica la norma extranjera, explicación difícil de aceptar, en la medida en que pretende una división artificial de la norma. En el fondo, al considerar al derecho extranjero como un hecho en el

proceso, se pretende otorgar al juez facultades muy amplias para su interpretación sin vincularlo con una interpretación previa, ya que la interpretará como lo hace con los hechos en el proceso.

La manera de considerar al derecho extranjero como un hecho en el proceso fue aceptada por el derecho positivo mexicano en 1989. *Así, los arts. 284 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal* y 86 del *Código Federal de Procedimientos Civiles* establecían: "*Sólo los hechos estarán sujetos a prueba; el derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras o en usos, costumbres o jurisprudencia.*"

II.Problemas prácticos. En cuanto a los problemas que presenta la aplicación del derecho extranjero en la práctica, *hay dos tendencias:*

1. *La que acabamos de mencionar, desarrollada por la doctrina inglesa, que considera al derecho extranjero como un hecho en el proceso.*

2. *La moderna, que estima que el derecho extranjero debe ser tratado como tal y en las mismas condiciones que el derecho del foro.*

Conforme a la tradición inglesa, que hoy es la tendencia antigua, el juez lleva a cabo la aplicación de la norma extranjera *solo a petición de la parte interesada*, lo cual se explica en razón de que el juez nacional, el del foro, conoce y aplica su propio derecho (*jura novit curia*), y aplicar un derecho extranjero le representa dificultades, a pesar de que estas puedan ser resueltas de manera satisfactoria al dejar que las partes prueben *al derecho extranjero en el proceso*, como prueban cualquier otro hecho. Esto se debió también a la dificultad que significaba el localizar el texto legal extranjero.

Sin embargo, en el mundo de hoy las comunicaciones son lo suficientemente expeditas para localizar sin gran dificultad un texto de ley extranjera, e incluso la jurisprudencia e interpretación doctrinal que existe al respecto.

La información acerca del derecho extranjero, sobre todo cuando este es latinoamericano, se puede encontrar mediante las *convenciones ratificadas por México con esos países, las cuales prevén la existencia de una autoridad central, que en el caso de México es la Secretaría de Relaciones Exteriores.* Así, un juez o cualquier persona interesada, con el solo requisito de llenar el cuestionario correspondiente, puede solicitar que su autoridad central se ponga en contacto con la autoridad central del país de origen de la ley que se busca y que se lleve a cabo el trámite respectivo. El gasto es mínimo y solo se hacen los cargos por el costo de las comunicaciones que

deban efectuarse, según la urgencia de la información. En la Secertaría de Relaciones Exteriores de México, la oficina encargada es la Dirección General de Asuntos Juridicos.

Otra vía para localizar el texto del derecho extranjero es mediante un centro de información jurídica, como el Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, que cuenta con el acervo legislativo, documental y hemerobibliográfico más grande de América Latina. Este centro posee además un sistema de consulta computarizada, al cual tiene acceso toda persona **(http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/)** desde cualquier punto del país. En dicho acervo se puede consultar el texto de una norma extranjera.

Una vía más puede ser mediante un peritaje elaborado por un jurista mexicano que tenga la capacidad comprobada de conocimiento de derecho comparado o D.I.Pr. La ventaja de conseguir un informe de este tipo es que el jurista que lo elabore puede contribuir con el juez del foro a lograr una mejor interpretación del texto jurídico extranjero. En lo referente a la tendencia moderna según la cual el juez del foro debe considerar al derecho extranjero en igualdad de circunstancias que el derechio propio, algunos países europeos aceptan esta posición, como Alemania, Italia y España. Se trata de una tendencia que tiene su origen y tradición en Latinoamerica, desde 1889 en los Tratados de Montevideo, más tarde con el *Código de Bustamante (el Código de Derecho Internacional Privado)* de 1928 y en la época actual con la Convención Interramericana sobre Normas Generales de DIPr de 1979. En el ámbito interno Peru con su Código Civil de 1985; México con las reformas al Código Civil de 1988, y Venezuela, con su Ley de DIPr de 1998, adoptan ese criterio. Has una tendencia clara a continuar en ese sentido, como lo demuestran, entre otros, los proyectos de reformas a los Códigos Civiles de Brasil (1964—1970) y Argentina (1975).

Cuando por alguna circunstancia el texto de la ley extranjera no pueda conseguirse, el juez del foro deberá resolver el caso que se le presente y para ello *cuenta con dos vías:*

1. *La más sencilla: que encuentre una norma igual o semejante en su propio sistema y que la aplique, y*

2. *Que no exista una norma similar o que decida volver a recurrir al derecho extranjero para aplicar otra norma jurídica, la cual, si bien no es exactamente la buscada en primera instancia, tiene semejanza y, en su opinión, puede aplicarse al caso.*

En ambos supuestos el juez deberá recurrir al método comparativo que le permita averiguar la naturaleza de la institución o del concepto que tiene frente a sí, y mediante la interpretación, en un afán por conciliar los objetivos del derecho, pero sobre todo, en su deber de coordinar sistemas jurídicos en beneficio de la uniformidad de soluciones, lograr la aplicación más adecuada.

A fin de ilustrar lo anterior con un ejemplo, baste recordar el dispositivo del art. 14 constitucional, ampliado por el *art. 19 del CCDF, que señala: "Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica*. *A falta de ley, se resolverán conforme a los principios generales de derecho." Ahora bien, respecto de las reglas que puedan seguirse para esa interpretación y sobre todo para una integración correcta, el art. 5° del* Código de Procedimientos Civiles del Estado de Sonora establece siete criterios:

1. *"Interpretación teleológica y funcional".*
2. *"Expedición y equidad en la administración de justicia".*
3. *"Verdad material sobre la verdad formal".*
4. *"Si se trata de una norma jurídica dudosa, "en ningún caso significará un obstáculo técnico o formal para la administración de justicia".*
5. *Inaplicabilidad de la regla de que "las excepciones a las leyes generales son de estricta aplicación."*
6. *Igualdad de las partes.*
7. *El de someter la interpretación de las normas del Código a los principios constitucionales relativos a la función jurisdiccional y a los principios generales de derecho.*

Sin embargo, la labor integradora debe tener límites y en materia de DIPr el juez no debe aplicar, por ejemplo, *un derecho cuyo texto no esté completo o no haya estado vigente en el momento de celebrase el acto de que se trate*. El juez siempre debe actuar con la mayor prudencia y certeza posibles en el sentido de que efectivamente se aplica un derecho válido y adecuado. En Alemania, donde desde hace años se aplica este sistema, conocido como *opinión aproximada* la Suprema Corte (Bundesgerichtshof) ha sido muy enérgica al establecer los límites respecto de este método. Así en una sentencia de 24 de 1969 declaró: "*Un derecho que no se encuentra en vigor, que no ha sido adaptado por ningún sistema jurídico y que quizá solo exista en la mente de las partes, no puede ser aplicado;* la existencia y el contenido de un derecho semejante resultan sumamente inciertos para poder constituir la base de una decisión judicial:"

Aplicado el derecho extranjero designado por la norma de conflicto, el juez del foro procederá a interpretarlo. El sistema inglés, como ya mencionamos, considerará el derecho como un hecho en el proceso y así el juez obtiene una amplia libertad

interpretativa, sin que su interpretación pueda ser impugnada sobre la base de que interpreta de modo inadecuado el derecho extranjero. Esta posición data del siglo XVIII, época en que los jueces nacionales no tenían el mismo conocimiento acerca de métodos interpretativos ni el contacto internacional que hoy existe, especialmente debido al rápido desarrollo de los medios de comunicación. Por ello, en una concepción moderna el juez debe interpretar el derecho extranjero en el contexto de su propia jurisprudencia y doctrina sin temor a afectar su naturaleza, contenido y alcance. Será una interpretación más.

En México, ya lo hemos dicho, después de haberse seguido – en los códigos de procedimientos civiles federal y del Distrito Federal – la doctrina inglesa que pasó al derecho mexicano en el siglo XIX por medio del Código de Procedimientos Civiles Francés, con las reformas de 1988 el sistema cambió y ahora se cuenta con un sistema moderno. Conforme al CCF, art. 14, fracc. I: "*Se aplicará*… [*el derecho extranjero*…] *como lo haría el juez extranjero correspondiente, para lo cual el juez podrá allegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho derecho."*

Es decir, el juez deberá no sólo aplicar de oficio el derecho extranjero, sino además hacerlo de manera similar a como lo haría el juez extranjero, lo cual da un amplio alcance a la función interpretativa que debe desempeñar el juez mexicano.

Las reformas de 1988 abarcaron también, como se mencionó anteriormente, los códigos de procedimientos civiles tanto federal como del Distrito Federal en sus arts. 86 y 86 *bis,* 284 y 284 bis, respectivamente, y así se estableció un sistema moderno en México. Que en contenido textual expresan lo siguiente:

Artículo 86.- Sólo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos o costumbres en que se funde el derecho.

Articulo 86 Bis. - *El tribunal aplicará el derecho extranjero tal como lo harían los jueces o tribunales del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar la existencia y contenido del derecho extranjero. Para informarse del texto, vigencia, sentido y alcance del derecho extranjero, el tribunal podrá valerse de informes oficiales al respecto, los que podrá solicitar al Servicio Exterior Mexicano, así como disponer y admitir las diligencias probatorias que considere necesarias o que ofrezcan las partes.*

Articulo 284 Sólo los hechos estarán sujetos a prueba, así como *los usos y costumbres en que se funde el derecho.*

Artículo **284 BIS** *El Tribunal aplicará el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar la existencia y contenido del derecho extranjero invocado*. Para informarse del *texto, vigencia, sentido y alcance legal del derecho extranjero, el tribunal podrá valerse de informes oficiales al respecto, pudiendo solicitarlos al Servicio Exterior mexicano, o bien ordenar o admitir las diligencias probatorias que considere necesarias o que ofrezcan las partes*.

Hasta aquí

Capítulo 8. Normas de Aplicación Inmediata, Normas Materiales, Derecho Uniforme y L*ex Mercatoria*

8.1 Introducción

En el capítulo anterior estudiamos los aspectos más relevantes del método conflictual tradicional; en este analizaremos otros ***métodos más sencillos, modernos y directos para la solución de los problemas que presenta el tráfico jurídico internacional***.

Entre esos métodos, uno es de origen exclusivamente interno, ***las normas de aplicación inmediata;*** conforme este método el legislador nacional ha decidido, por diferentes motivos, que en **casos específicos las relaciones jurídicas con elementos extranjeros no deben ser consideradas por el juez del foro en los aspectos que atentan contra su política legislativa, o bien, se trata del área de las relaciones jurídicas donde el Estado ha extendido su jurisdicción y en la que considera que la voluntad de los particulares no pueden derogar sus normas internas**. También se trata de sectores en donde se pretende proteger a la parte más débil en una relación jurídica, por ejemplo, ***menores, consumidores, trabajadores,*** *etcétera.*

Otro método, el de ***normas materiales*****, tiene fuentes tanto internas como internacionales y mediante él se trata de encontrar una sola solución directa y de fondo con la aplicación de una norma material. *Un tercer método*---de derecho *uniforme* ---- se refiere a la normatividad creada por los Estados---*mediante tratados, convenios internacionales, leyes uniformes, guías legislativas*---con objeto de establecer las mismas reglas a las que puede referirse el juez del foro**; cuando lo haga, estará juzgando de acuerdo con normas uniformes que le garantizan, en buena medida, el que su decisión tenga plenos efectos transnacionales. Con este método se trata de asegurar, hasta donde sea posible, que los jueces de los Estados contratantes van a resolver los asuntos internos sobre determinadas materias con

transcendencia internacional, con base a los mismos criterios. En el ámbito internacional, la homogeneidad de resoluciones es interés de una gran comunidad, pues contribuye a lograr una mayor armonía de resultados que son necesarios para el tráfico jurídico internacional de hoy. Además, por este medio, la uniformidad jurídica hace más fluidas las corrientes del comercio.

Finalmente nos referimos al método de la ***lex mercatoria,*** término que usamos en su sentido más amplio y en el que revisamos el método empleado por el comercio medieval que dio **origen *a las cartas de crédito, al cheque y a las demás instituciones mercantiles necesarias para el desarrollo del comercio internacional***. En este sentido, incluimos las prácticas internacionales modernas que más tarde van a ser reconocidas por los países; son normas que, si bien no tienen un origen estatal, se les reconoce por su importancia y se les da validez jurídica interna de los Estados. Se trata de lograr la mayor especialización posible de las normas del DIPr y al mismo tiempo, su mayor *flexibilidad y concreción.*

8.2 Normas de aplicación inmediata.

El mundo jurídico actual tiene complejidades y riesgos que debemos conocer. Uno de ellos es la conducta que siguen los legisladores y tribunales nacionales frente a determinadas normas jurídicas que en el extranjero pueden ser motivo de acuerdo entre las partes, mas no así en el derecho del foro. Este es el caso, entre otros, de las **relaciones laborales**, que en algunos países son consideradas motivo de convenio; sin embargo, en otros países, incluido México, son materia *de* ***orden público y por tanto inderogable entre las partes*****. Lo mismo puede decirse de otros campos jurídicos, como el *de la competencia económica* y *el de la propiedad industrial***. El diseño *de acuerdos, convenios o contratos internacionales debe tener en cuenta esta problemática para evitar sorpresas.*

En el sistema jurídico nacional, la gran mayoría de normas están elaboradas para aplicarse internamente; sin embargo, ante relaciones con uno o más elementos extranjeros, hay algunas normas que están elaboradas para vincular al sistema jurídico nacional con sistemas jurídicos extranjeros, como es el caso de las *normas de conflicto que ya hemos visto o las normas de cooperación procesal internacional*. Existen otras normas diseminadas por el sistema que fueron elaboradas por el legislador con un carácter imperativo, a las cuales se les conoce como ***leyes de aplicación inmediata***. En su origen, a las leyes de aplicación inmediata se les identificó con las normas vinculadas a la organización del Estado; es decir cuya aplicación debe quedar asegurada. Con el tiempo su identificación ha salido del solo ámbito estatal para

desplazarse al ámbito de las relaciones privadas. La característica de estas normas es que deben aplicarse sin tener en cuenta *si la* ***relación jurídica es de naturaleza internacional o no, sin importar la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual de las partes****.* En este tipo de normas, el legislador solo pensó en una mejor regulación de su sistema estatal interno, como podría ser el caso de sistema financiero a través de la ***Ley del Mercado de Valores*****,** o bien, la forma como los bancos deben funcionar en el país, mediante **la *Ley de Instituciones de Crédito***, o también en la protección de la "***parte más débil*****",** que puede ir desde la protección **de *los menores en el derecho de familia*****, *del trabajador* en la *Ley Federal del Trabajo* o del consumidor en la *Ley Federal de Protección al Consumidor*** (LFPC), hasta la **protección *de los derechos de las minorías o el derecho al voto del accionista* en la *Ley General de Sociedades Mercantiles***. Este tipo de legislación también está presente cuando se trata de los controles que establecen los Estados en su interior frente al comercio internacional, como podrían ser las leyes en ***materia fiscal, aduanera, de salud y de seguridad social,*** *entre otras.*

Ámbito interno.

Como lo hemos dicho, son normas que reflejan determinadas políticas legislativas estatales con diferentes objetivos pero que, en todos los casos, deben ser aplicadas obligatoriamente y evitar, por tanto, cualquier otro método de aplicación de derecho extranjero o cualquier disposición voluntaria de los particulares sobre dichas normas.
En algunos casos se otorga primacía a la organización financiera estatal sobre la relación ***jurídica internacional, como sería un contrato con*** **la cláusula en moneda extranjera que deba pagarse en México y que se hará en pesos mexicanos**, por ser esta la moneda de curso corriente en el país. O bien, puede tratarse de la defensa de los derechos de un menor, de un trabajador o de un consumidor, por ser la parte débil de la relación.

Para Philon Francescakis ---quien junto con Henri Batiffol fue uno de los redescubridores de esta normatividad ---, se trata de las normas que, según la voluntad del legislador, deberán ser aplicadas inmediatamente, pues la posible consideración de un elemento extranjero puede afectar la organización estatal. Como se advierte, un concepto así formulado no está exento de riesgo, ya que una interpretación amplia del mismo afectaría la especificidad de las relaciones jurídicas internacionales. De ahí que Carrillo Salcedo, con toda razón, haya afirmado que en este tipo de normas hay que partir de su interpretación restrictiva, pues de otra manera "*los tribunales y los funcionarios podrían tender al más radical de los nacionalismos jurídicos"*

Veamos los diferentes casos a los que nos hemos referido. Dijimos que se trata de normas vinculadas con la organización financiera estatal. Un ejemplo puede ser un régimen de control de cambios en el que, sin importar lo acordado por las partes ni el carácter internacional de la operación, el pago se hará de acuerdo con los procedimientos de control establecidos. **Otro ejemplo es el art. 8° de *la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicano*s (LMEUM), que establece: "*Las obligaciones de pago en moneda extranjera, contraídas dentro o fuera de la República para ser cumplidas en esta, se solventarán entregando el equivalente en mone****omemos por caso un importador mexicano se obliga con el vendedor-exportador extranjero a pagarle a este en territorio mexicano, en dólares estadounidenses, la cantidad acordada como pago por la mercancía y, finalmente, el importador mexicano paga en pesos*****da nacional al tipo de cambio vigente en el lugar y fecha en que se haga el pago"***.

Tomemos por caso un contrato en que el importador mexicano se obliga con el vendedor-extranjero a pagarle a este en territorio mexicano, en dólares estadounidenses, la cantidad acordada como pago de la mercancía y finalmente el importador mexicanopaga en pesos. El exportador no podrá reclamar, ya que la norma mexicana derogada, en esa cláusula del contrato, la voluntad de las partes. Para hacerlo más ilustrativo aún, podemos decir que la relación jurídica internacional es "nacionalizada", aunque sea de manera parcial, por lo que corresponde al ámbito de aplicación de esa ley de aplicación inmediata, como es este caso la Ley Monetaria.

Otro ejemplo de los diferentes casos a los que nos hemos referido es cuando el legislador, como ya lo mencionamos, considera que cierto sector de su sociedad debe estar protegido: *la niñez, la minoría de edad, los trabajadores, los consumidores,* etc.

El art. 413 del CCF dispone: "*La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos.* Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la *Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal".*

De acuerdo con esta disposición, un juez que juzgue sobre la guarda de un menor no podrá tomar en cuenta *las leyes personales de tutor y menor, sino que tendrá que aplicar precisamente en esta relación las disposiciones de la Ley de Previsión Social que, por su naturaleza, tienen carácter obligatorio e inmediato para proteger al menor*. Lo mismo con las disposiciones de la *Ley Federal del Trabajo*, que protegen al trabajador.

En otro sector, el de los consumidores, cualquier mercancía que ingrese en el país para ser consumida directamente debe traer información en idioma español, adecuada y clara sobre sus *características, composición, calidad, precio*, así como los riesgos que represente (a*rt, 1, fracc. III, LFPC*). *Esta disposición se aplicará entonces de manera obligatoria a toda operación de compraventa internacional de mercaderías por la que se pretenda introducir estas en territorio nacional, no obstante, el costo*—con frecuencia elevado---que pueda representar el tener que reetiquetar prendas de vestir, comestibles en general, mercancías al menudeo, etc., independientemente de lo que hayan acordado las partes en su contrato sobre el particular. Hasta aquí, hay que dejar apuntado que las normas de aplicación inmediata, como se ha podido apreciar, se encuentran dispersas en amplios sectores del sistema jurídico.

Al continuar con la caracterización de las finalidades de este tipo de normatividad, Carrillo Salcedo señala que existe una preocupación de salvaguardar la cohesión y la eficacia internas del sistema jurídico. Veamos un ejemplo.

> Tomemos la *Ley Federal de Competencia Económica,* que en su art. 20 establece "***que las concentraciones de empresas por encima de los umbrales que la propia ley establece deben ser notificadas a la Comisión Federal de Competencia antes de realizarse".*** De este modo, una sociedad extranjera que decide fusionarse con una sociedad mexicana en el extranjero para fortalecer su capacidad de producción y desarrollarse más activamente en el mercado mexicano, no podrá hacerlo sin notificarlo previamente a la Comisión y tendrá que esperar que esta no se oponga a esa concentración. Una fusión de esta naturaleza, sin tal autorización, estaría afectando la cohesión y eficacia internas del sistema jurídico mexicano, ya que iría contra la protección del proceso de competencia y libre concurrencia y contra el funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios definidos por la legislación mexicana en la materia y cuya salvaguardia ha encomendado a la Comisión.

Como hemos visto, se trata de normas que determinan su campo espacial de aplicación. En toda situación que presenta un contacto específico con un orden jurídico, este será el que determine su aplicación. A diferencia de lo propuesto por Francescakis – autor que vimos anteriormente – cuando visualizó este tipo de normas, en el sentido de que se trataba de normas de naturaleza pública, como lo hemos observado, en realidad regulan relaciones privadas en una amplia extensión.

Un ejemplo que hemos citado es el de las sociedades mercantiles en México, donde gran parte de esas reglas son de aplicación inmediata en el sentido de que no pueden ser derogadas por los particulares, aunque estas estén regulando sus relaciones

privadas. Se puede acordar una cláusula arbitral prevista en la *Ley General de Sociedades Mercantiles* para las relaciones de los acuerdos de accionistas, pero no se puede hacer lo mismo sobre el régimen de funcionamiento de la sociedad. El legislador mexicano ha querido que las sociedades mercantiles en el país se rijan conforme a las mismas reglas y que estas sean ciertas y conocidas para cualquier persona que quiera invertir en una sociedad de esta naturaleza. Estas reglas son las que regulan la protección de ***minorías en las asambleas*****,** ***el derecho de voto*****,** ***la forma de tomar acuerdos*** **y muchas más que están vinculadas con garantías individuales como el derecho de expresión y de ejercicio de derechos, el derecho a ser oído a la defensa del patrimonio,** entre otras. De esta manera estaremos en presencia de leyes que determinan su **propio ámbito de aplicación y establecen un régimen inderogable que no tomara en cuenta la *nacionalidad o residencia de los accionistas o el lugar donde se tomaron los acuerdos previos,*** siempre necesarios para la constitución de la sociedad.

El enfoque internacional.

Este tipo de normatividad encontró por primera vez su regulación en el proyecto Benelux de 1951 de ley uniforme de DIPr, art. 13, párrafo 2, que fue modificado en 1966 y que se considera el antecedente inmediato de la regulación que se llevó a cabo en los arts. 5 y especialmente el 7 del **Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de Roma, de 19 de junio de 1980.** Veamos brevemente las disposiciones antes citadas.

Artículo 5. Contratos celebrados por los consumidores.

> **1**. *El presente artículo se aplicará a los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor, para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional, así como a los contratos destinados a la financiación de tales suministros.*
>
> **2.**- *Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las* ***disposiciones imperativas*** *de la ley del país en que tenga su residencia habitual.*
>
> Si la celebración del contrato hubiera sido precedida, en ese país, por una oferta que le haya sido específicamente dirigida o por publicidad, y si el

> consumidor hubiera realizado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato, o
>
> Si la otra parte contratante o su representante hubiera recibido el encargo del consumidor en ese país, o
>
> *Si el contrato fuera una venta de mercancías y el consumidor se hubiera desplazado de este país a un país extranjero y allí hubiera realizado el encargo, siempre que el viaje hubiera sido organizado por el vendedor con la finalidad de incitar al consumidor a concluir una venta.*

Como se observa en el párrafo 2 de la disposición citada, la elección por las partes de la ley aplicable a su contrato "***no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual…***" Se crea así un espacio **donde *el contrato, la voluntad de las partes, es sustituida por una ley imperativa local, no obstante que la operación sea de naturaleza internacional*.** En este caso, se provee al consumidor de una base mínima de derechos que le proporcionan "***las leyes imperativas*" de su residencia habitual.** Son precisamente este tipo de normas imperativas las que se aplicarán en lugar de la ley escogida por las partes en su relación jurídica internacional.

¿Qué significa esta protección en el caso del consumidor? En **primer lugar**, se prevé que el consumo de bienes o servicios se da con frecuencia en el plano internacional. Un producto o servicio ofertado en algún medio de comunicación nacional puede ser fácilmente ofertado en otro país; sin embargo, quien lo consume o recibe se encuentra en un lugar distinto del de su residencia habitual, lugar en donde conoce o se supone que conoce las leyes que lo protegen en materia de consumo de bienes y servicios. En estas condiciones, el hecho de que el producto o servicio tenga su origen en un país distinto no va a afectar la protección que la persona tiene en el lugar de su residencia habitual y, por tanto, en cualquier contrato que esa persona celebre sobre esta materia, no importa la ley aplicable escogida por las partes en la venta del producto o servicio: finalmente, su acuerdo será regido, en cuanto a la protección del consumidor, por las normas imperativas de su residencia habitual, como vimos lo dotan del mínimo de protección indispensable.

Lo planteado en el párrafo anterior ilustra cómo en esta materia y en muchas otras existen implicaciones importantes en materia contractual, por lo que al elaborar contratos de este tipo ya no solo habrá que tener en cuenta las leyes del país donde se elaboran los contratos, sino las de aquellos otros países donde se pretende que el contrato surta efectos pues en caso contrario, una derogación no prevista a una parte

del contrato o eventualmente a todo el contrato podría presentar sorpresas desagradables para el cliente que fabrique el producto o lo venda, para quien preste el servicio o para el abogado que redacte el contrato.

Como se puede apreciar, nos encontramos ya dentro de un supuesto diferente. La designación de las *normas de aplicación inmediata* en un instrumento internacional que manda su aplicación o, dicho de otra manera, en qué medida el juez del foro aplicará una *norma de aplicación inmediata* extranjera.

> Ejemplo. *El juez del foro debe juzgar un caso en el que el consumidor, con residencia habitual en otro país, demanda daños y perjuicios conforme a la ley del país de su residencia. Tendrá el juez, en estas circunstancias, que aplicar una regla imperativa extranjera, como manda la Convención*.

La Convención de Roma, contempla una regulación internacional específica en materia de normas imperativas. Así, el art. 7 dispone:

Artículo 7. Leyes de policía.

> **1**. *Al aplicar, en virtud del presente Convenio, la ley de un país determinado,* ***podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país*** *con el que la situación presente un vínculo estrecho, si en la medida en que tales disposiciones, según el derecho de este último país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivaran de su aplicación o de su inaplicación.*
>
> **2.** *Las disposiciones del presente Convenio no podrán afectar a la aplicación de las normas de la ley del país del Juez que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato*.

Aquí nos encontramos con dos hipótesis diferentes. En el párrafo 2, además de definir el efecto de estas normas, se tratará de las normas que rijan imperativamente y se aplicarán en lugar de las leyes escogidas por las partes, que es el principio al que nos hemos referido hasta ahora. En cambio, en el párrafo 1 se prevé un principio diferente y más actual: se trata de la aplicación extraterritorial de normas imperativas.

Efectivamente, hasta la década de 1950 se había considerado solo el efecto territorial interno de las *normas imperativas* lo cual es natural, como ya ha quedado explicado,

pero con el proyecto de Benelux antes citado, primero, y más tarde con la Convención de Roma, se elaboró un planteamiento diferente en el sentido de considerar, junto con la ley elegida aplicable por las partes, también la aplicación de las normas imperativas. Dicho, en otros términos: se aplicará en su totalidad, conforme al sistema conflictual tradicional, la ley que resulte aplicable incluida la posibilidad de considerar también las *normas imperativas* que esa ley contenga. Sin embargo, se considerarán ciertas limitaciones que aparecen en el dispositivo convencional que comentamos; es decir, se instruye al juez que tome en cuenta en el caso específico la aplicación de *normas imperativas,* "*su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivan de su aplicación o de su inaplicación".* De esta forma, el juez de la causa determinará la ley aplicable y al utilizarla en su totalidad podrá encontrar que la misma conlleva *normas imperativas*; al analizarlas tendrá que evaluar si las emplea, hasta qué punto conviene hacerlo, o bien, qué sucedería si no lo hace. Lo relevante en este proceso es que se considera la aplicación extraterritorial de *normas imperativas*, que por su naturaleza son de aplicación territorial.

El Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea emitieron el Reglamento relativo a la *Ley Aplicable a las Obligaciones Extracontractuales* (Roma II). *En este se dispone de acciones directas, como puede ser el caso del asegurado en contra del asegurador, no importa la nacionalidad ni la residencia habitual de cualquiera de los dos.* Asimismo, *el principio general de la autonomía de la voluntad* establecido por este Reglamento se limita conforme al art. 16 en los términos siguientes: "*Leyes de policía*. Las disposiciones del presente Reglamento no afectarán a la aplicación de disposiciones de la ley del Foro en aquellas situaciones en que tengan carácter imperativo cualquiera que sea la ley aplicable a la obligación extracontractual."

Como se aprecia, la regla sigue siendo el límite de las *normas imperativas respecto de la autonomía de la voluntad de las partes* y, en este caso, proyectada internacionalmente en la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.

En el comercio internacional suele suceder que con motivo de decisiones políticas un país establezca un bloqueo económico, restricciones para evitar que cierta tecnología pueda ser exportada a tal o cual país. En estos casos, las disposiciones imperativas del país que impone el bloqueo deberán ser consideradas y, en su caso, rechazadas o aplicadas por otros países. Es frecuente que fenómenos de este tipo sucedan con disposiciones emitidas por Estados que pretenden dotarlas de *efectos extrarritoriales*. Por citar un par de ejemplos, en este sentido están, entre otros casos, *el de la congelación de cuentas bancarias del gobierno de Irán con motivo del derrocamiento del Sha por los ayatolas en 1979*, y *el caso del gasoducto siberiano de 1982, sometido a las cortes francesas con motivo de la aplicación de la Export Administration Act de 1979 de Estados Unidos de América*.

En el primer caso, entre las medidas tomadas por el gobierno de Estados Unidos con motivo del golpe de Estado en Irán se congelaron los fondos depositados por el gobierno del "*sha*" en los bancos estadounidenses y, en consecuencia, *se les prohibió transmitir recursos depositados en sus cuentas y pertenecientes al gobierno derrocado del sha al nuevo gobierno encabezado por los ayatolas*. Esta medida debió ser juzgada por distintos tribunales de países donde se encontraban las sucursales de los bancos estadounidenses y en la mayoría de los casos se dio aplicación extraterritorial de esas medidas, con base en el criterio de que las sucursales de esos bancos eran regidas, en cuanto a su funcionamiento, por las leyes del país de su constitución y solo en cuanto a las políticas bancarias, por las leyes del país de su establecimiento. Además, la nacionalidad estadounidense de esas sucursales las obligaba a acatar una orden de su gobierno, sin importar que se ubicarán fuera de los Estados Unidos de América, haciendo extensivo el principio de obediencia que deben las personas nacionales a sus gobiernos. En resumen, se acepto el efecto extraterritorial de una orden—*norma imperativa---del gobierno estadounidense para regular a sus nacionales en el extranjero.*

El segundo de los casos citados se planteó ante los tribunales franceses con motivo de la negativa de una empresa *(Sensor)* filial en Francia de una firma holandesa que, a su vez, era subsidiaria de una empresa estadounidense, de cumplir con un contrato que la obligaba a suministrar bienes de alta tecnología a una empresa soviética para la construcción del gasoducto siberiano, sobre la base de la fuerza mayor que se derivó de la prohibición del gobierno estadounidense de que sus empresas suministraran todo tipo de material tecnológíco a la entonces Unión Sovietica, por la invación que esta había hecho de Polonia en diciembre de 1981. Un caso lleno de cuestiones interesantes pero que, para los efectos de este apartado, pueden resumirse como sigue: en *primer lugar, se determinó si Estados Unidos de América* tenía competencia para emitir ese tipo de medidas y se concluyo afirmativamente.

En segundo término, se discutió si dichas medidas podían tener efectos extraterritoriales y con qué limitaciones. A este respecto, se concluyó que las medidas *tenían efectos extraterritoriales únicamente con relación a las personas de nacionalidad estadounidense.* Dichas medidas eran posibles porque, debido a un convenio bilateral entre Holanda y Estados Unidos, estos acordaron todos los derechos entre empresas ambos países como si fueran sus nacionales. En estas condiciones, a pesr de que "*Sensor"* era una compañía holandesa, por el acuerdo entre Holanda y Estados Unidos de América y por ser subsidiaria su matriz de una compañía estadounidense, se le consideró empresa estadounidense y, por tanto, con la obligación de acatar la orden---*norma imperativa---del gobierno de Estado Unidos en Francia.*

Otro ejemplo lo encontramos en la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, de la cual México es parte y en la que se establece en su art. 12 que la persona llamada a declarar en el Estado *requerido en cumplimiento de exhorto o carta rogatoria, podrá negarse a ello cuando invoque impedimento, excepción o el deber de rehusar en su territorio conforme a la ley del Estado requerido*. Es decir, que estará invocando una disposición procesal vigente en "*su territorio"* que por su *naturaleza será una norma de aplicación inmediata, de orden público*, para negarse a declarar conforme a las leyes y autoridades de un país distinto. Estas disposiciones vigentes en "*su territorio*" son las disposiciones de orden público que se estarían haciendo válidas en un país diferente.

Todavía en materia procesal internacional pueden clasificarse como normas territoriales imperativas todas las ordenes emitidas por el juez requirente al juez requerido y que se conocen como *medidas cautelares; tal es el caso del embargo precautorio, arraigo de personas, separación de personas como acto prejudicial, desplazamiento ilícito de los hijos menores, pensiones alimentarias, etc.*

En la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, de la que México es Estado parte (capítulo 10), existe también una regulación de normas imperativas. El art. 11 dispone:

> *No obstante, lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo*.
>
> *Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.*

Como se advierte, en el párrafo 1 se repite el principio tradicional y en el segundo se transcribe, en forma resumida, el art. 7, párrafo 1, de la Convención de Roma.

Antes de terminar con este tema es importante reiterar la diferencia entre los diversos conceptos del orden público que interesan para esta materia. En primer término, el concepto tradicional establecido por el *art. 6° del CCF, según el cual el límite a la autonomía de la voluntad de los particulares es el interés público y la no afectación de derechos de tercero*s. En cambio, *el concepto de orden público para el DIPr*, es, como lo definimos en su oportunidad, *un impedimento para la aplicación del derecho designado por la regla de conflicto;* un tercer concepto que acabamos de mencionar es cuando nos referimos a una norma como la *ley Federal de Competencia Económica,* en tanto disposición de orden público, lo que equivale a decir que el legislador le dio

ese carácter porque consideró que esa ley debía aplicarse---junto con las demás leyes a las que se les ha asignado ese carácter---de manera obligatoria y sistemática en todo el territorio nacional. Así el concepto de orden público indica que la sociedad mexicana, por medio de su legislador, desea que cierto tipo de materias que estima fundamentales económica o socialmente sean reguladas de forma sistemática a lo largo del territorio nacional, sin consideración de que en las relaciones juridicas que se vinculen a dichos ordenamientos existan elementos extranjeros. Sin embargo, queda la excepción según la cual, conforme a ciertas limitaciones, el juez mexicano puede dar aplicación *a normas territoriales o imperativas extranjeras, como ha quedado explicado.*

Dentro de este tema, un caso extremo y por tanto ilustrativo y violatorio de las normas internacionales ha sido el de la "*Ley para la Libertad Cubana y Solidaridad Democrática",* conocida como *Ley Helms—Burton de 1996, en la que se establece la jurisdicción de los tribunales estadounidenses sobre cualquier persona de nacionalidad estadouidense "o de un país extranjero"* que *"trafique o haya traficado",* con propiedad de bienes confiscados por el gobierno cubano (Titulos III y IV). Esta reponsabilidad podrá ser demandada ante los tribunales estadounidenses". Se trata, como puede apreciar, de una norma interna estadounidense con la pretensión unilateral de convertirse en *norma imperativa* internacionalmente y que en el caso concreto se expresa a través de una competencia exorbitante. ¿Cómo pueden tribunales nacionales, en este caso estadounidenses, tener competencia sobre el mundo entero? Ademas, de *irracional, esta medida* carece del respaldo de cualquier norma internacional, no solo como la ley aplicable, sino además como jurisdicción competente.

En sentido antes apuntado es importante señalar lo siguiente: el ámbito dentro del cual el Estado establece su jurisdicción es cada día menor, por lo que deja a los individuos o a las empresas mayor libertad para la realización de sus actos jurídicos y transacciones. Este fenómeno puede encontrarse en una materia de gran dinamismo como *es el arbitraje comercial internacional,* donde hoy en día la discusión se centra en las áreas que pueden ser arbitrables, o sea, las áreas en las que el Estado retira poco a poco su jurisdicción y, por tanto, permite a los individuos prorrogar la jurisdicion hacia tribunales arbitrales comerciales para resolver sus conflictos. Así, por ejemplo, en varios casos decididos por la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, se definió que en estas áreas donde tradicionalmente no se permitía la libertad de disposición, por las circunstancias se permitió que las partes pudieran celebrar con válidez cláusulas arbitrales; este fue el caso en materia *de derecho financiero*, *conocimiento de embarque, competencia económica y otros más.* Dicho, en otros términos, la polémica hoy en día es: *¿hasta que limites debe extender el Estado su jurisdicción y, con ello, las leyes de aplicación inmediata*?

8.3 Normas materiales.

Antes de entrar en el tema, cabe advertir que tanto *este método como el de derecho uniforme que veremos a continuación son en el fondo un mismo método*, pero analizado desde perspectivas diferentes.

Las normas materiales en el plano interno son normas con vocación internacional que resuelven directamente *el fondo de un asunto derivado del tráfico jurídico internacional y cuya solución, a diferencia de las normas de aplicación inmediata, no está condicionada por una obligatoriedad determinada, sino por razones de certeza o seguridad jurídicas, o bien porque la solución así fue planteada por el legislador nacional*. En todo caso, ya sea de parte del juez que la aplica o del legislador que la emite, hay una voluntad de coordinar su sistema jurídico con los demás. Las normas materiales pueden ser de origen interno o internacional. No hay consenso doctrinal sobre las diferentes modalidades de este método, por lo que haremos una caracterización general del mismo. Veamos primero la caracterización de las normas materiales de origen internacional.

En él caso de las normas materiales de origen internacional, se trata de la normatividad que las partes han acordado aplicar a sus convenios y que, por la naturaleza internacional de estos, puede ser distinta o incluso contraria a las *normas internas del derecho del juez del foro que deba conocer de esos acuerdos,* pero, debido a su *naturaleza mercantil*, la normatividad designada por las partes puede prevalecer. Como recordaremos, el caso que citamos al orginen de este método fue un contrato con "*cláusula oro"*. No obstante que dicho tipo de claúsulas estaban prohibidas por el derecho francés de la época, para el caso de los contratos internos el juez francés del foro, que decidió que por tratarse de un contrato *(derecho canadiense*), esta manera de contratar era válida; además se trataba de una costumbre internacional generalizada, conforme a la cual se otorgaba válidez al contrato, incluida la "*claúsula oro*".

Para tratar de precisar más este método recurriremos a un ejemplo. De acuerdo con el art. 317 de la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*: "*El crédito confirmado se otorga como obligación directa del acreditante hacia un tercero; debe constar por escrito y no podrá ser revocado por el que pidió el crédito.*"

En esta figura – que sigue de cerca la antigua doctrina italiana en la materia – no se distingue al crédito confirmado del irrevocable porque, como se advierte, *se habla del crédito confirmado como el crédito irrevocable*, que en la actualidad *son dos figuras distintas.* Así, de acuerdo con las reglas sobre créditos documentarios de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), que son las reglas que utilizan los bancos en sus

operaciones internacionales de créditos documentarios, *existe una diferencia precisa entre la carta de crédito confirmada* y *la carta de crédito confirmada e irrevocable*. *En la primera,* la obligación de pago subsiste de parte de la institución bancaria ante la cual se abrió el crédito durante el periodo solicitado.

En el caso de la carta de crédito confirmada e irrevocable, hay una solidaridad entre la institución ante la que se abrió el crédito y la institución bancaria que confirmó al acreedor el crédito dentro de cierto plazo. De esta manera, una obligación contraída conforme a las reglas del CCI, en términos de obligación crediticia simplemente confirmada que se tratara de hacer valer también como irrevocable de acuerdo con el art. 317de la *Ley de Títulos y Operaciones de Crédito*, *podría ser desechada por el juez mexicano con base en el argumento de que, en primer lugar, las partes acordaron hacer regir su relación a través de las reglas CCI o simplemente aceptaron que se rigiera de acuerdo con dichas reglas*, por el hecho de solicitar la apertura del crédito ante una institución bancaria que en su formulario de solicitud así lo especificaba.

En estas circunstancias, a pesar de la diferencia entre las reglas acordadas y la ley sustantiva mexicana, el juez mexicano podrá aceptar como aplicables aquellas y no su propia ley. Se trata de una razón de seguridad y certeza jurídica que, de no resolverse de este modo, introduciría en la relación jurídica internacional un elemento exógeno que podría alterarla y así ir en contra de las operaciones mercantiles y, en este caso, bancarias internacionales.

Otra perspectiva de análisis de las normas *materiales internacionales* se da a través de los tratados o convenios internacionales que establecen normas uniformes. A reserva de que retomemos más adelante este tema, cuando lo abordemos el *método de derecho uniforme* en la siguiente sección, señalaremos algunos elementos definitorios de este tipo de normas. Se trata de una normatividad que fue establecida en el ámbito internacional por la vía de un tratado y que es obligatoria para los países partes del mismo. Estas normas sustituyen a las normas materiales nacionales en los casos internacionales en que, conforme a los supuestos mismos de la convención o del tratado, deban ser aplicables las normas materiales establecidas por el propio tratado. En otras palabras: este tipo de *normas materiales internacionales suplen a las normas materiales o sustantivas internas en las materias que son acordadas por los Estados contratantes y en las relaciones que tienen vínculos con dichos Estados*. Hay una aplicación de normas materiales internacionales por el juez del foro con las que puede resolver de manera directa el fondo del asunto que se le presente. Veamos un par de ejemplos.

Primero. En materia fiscal internacional, conforme a los compromisos adquiridos por México, gran parte de la normatividad mexicana está integrada por

normas materiales elaboradas por un organismo internacional: la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCEDE) del cual México es México Estado parte.

Segundo. *La Ley de Concursos Mercantiles,* es una norma jurídica integrada al sistema jurídico mexicano a partir de una Guía Legislativa elaborada internacionalmente por la UNCITRAL.

En cuanto a las normas materiales internas, al igual que las *internacionales, nos dan la respuesta directa y de fondo a una relación jurídica internacional o a una relación que tenga un supuesto de hecho vinculado internacionalmente*. Según los profesores Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, además de tal característica, este tipo de normas "*se distinguen en el hecho de determinar una consecuencia jurídica, en arbitrar una respuesta sustancial distinta de la propia del derecho material del foro para supuestos de tráfico interno*." Una carácteristica más de esta normatividad es que su repuesta es diferente de la del resto de las normas internas, ya que de otra manera se trataría simple y sencillamente de una norma material interna más, sin ninguna relevancia para su estudio dentro del DIPr.

A continuación, presentaremos algunos ejemplos que nos permitirán precisar en que consiste *el método de normas materiales* internas.

> *Cuando decimos que estas normas dan una respuesta directa y de fondo sobre una relación jurídica internacional o sobre una relación que tenga un supuesto de hecho vinculado internacionalmente, estamos ante el caso en el que el legislador decidió regular una determinada situación sin recurrir a otro método. Así el legislador mexicano en un caso concreto señala:*
>
> *Cuando se solicite una patente después de hacerlo en otros países se podrá conocer como fecha de prioridad la de presentación en aquel en que lo fue primero siempre que se presente en México dentro de los plazos que determinen los tratados internacionales o, en su defecto, dentro de los doce meses siguientes a la solicitud de patente en el país de origen*. (*Art. 41 Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial*).
>
> Como se advierte, uno de los supuestos de hecho de esta disposición se habrá realizado en el extranjero---la primera solicitud de patente que, por lo demás, es condición indispensable para que opere la norma---y es con base en este supuesto como puede darse el efecto de retroactividad---prioridad—si se presentó también en México dentro del plazo previsto. En este caso lo importante es destacar que el legislador mexicano,

> en su afán de coordinar su sistema con sistemas jurídicos extranjeros, emitió una norma y en uno de los supuestos estableció el requisito de haber realizado previamente, fuera del ámbito normal de aplicación de las normas mexicanas, o sea, en el extranjero, un supuesto de hecho: la solicitud previa. Otra norma cuyo supuesto de hecho está totalmente vinculado al extranjero se encuentra la *Ley de Comercio Exterior:*

Articulo 37. Para los efectos de esta Ley, se entiende por subvención:

> **I.** *La contribución financiera que otorgue un gobierno extranjero, sus organismos públicos o mixtos, sus entidades, o cualquier organismo regional, público o mixto constituido por varios países, directa o indirectamente, a una empresa o rama de producción o a un grupo de empresas o ramas de producción y que con ello se otorgue un beneficio;*

Otro ejemplo. La Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, señala en el párrafo 1 de su art. 16:

> *Los contratos celebrados en el extranjero respecto de obras públicas o servicios relacionados con las mismas que deban ser ejecutados o prestados fuera del territorio nacional, se* ***regirán por la legislación del lugar donde se formalice el acto****,* ***aplicando en lo procedente lo dispuesto por esta ley****.*

Además de las características mencionadas, la norma material interna tiene una vocación internacional en la medida en que pretende determinar un supuesto de hecho más allá de su ámbito regular de aplicación, que, en principio, solo se limita al territorio nacional. Aunque se trata de un ejemplo diferente de los anteriores, para concluir veamos una disposición que nos permitirá mostrar el elemento que he denominado *vocación internacional*:

> *Para los efectos de esta Ley, se entiende que la enajenación se efectúa en territorio nacional, si en él se encuentra el bien al efectuarse el envío al adquirente y cuando, no habiendo envío, en el país se realiza la entrega material del bien por el enajenante. La enajenación de bienes sujetos a matrícula o registros mexicanos, se considerará realizada en territorio nacional aun cuando al llevarse a cabo se encuentren materialmente fuera de dicho territorio*… (Art. 10, *Ley del Impuesto al Valor Agregado)*

Como se observa, en esta disposición se plantean *dos supuestos conforme a los cuales la enajenación de bienes se considera efectuada en el territorio nacional*, y, por tanto,

susceptible de ser gravada por el impuesto al valor agregado. *El primer supuesto* es que el bien (o la mercancía) se encuentre dentro de territorio nacional, no importa dónde y de acuerdo con qué leyes se haya perfeccionado la compraventa o cualquier otra forma de enajenación. Como puede apreciarse aquí, se trata del efecto regular de una norma fiscal dentro del territorio: que la enajenación se haya llevado a cabo dentro de este último.

El *segundo supuesto* es distinto: determina que por el solo hecho de que el bien esté registrado o matriculado en México, la enajenación se considera efectuada en nuestro país, no obstante que se hubiera hecho en el extranjero, conforme a leyes extranjeras y el bien se encuentre en el extranjero. Según tales supuestos, el legislador mexicano ha querido ampliar el ámbito regular la aplicación del derecho mexicano—normalmente aplicable a lo que acontece dentro del país—para extenderlo a enajenaciones efectuadas fuera de su ámbito de competencia, y de dichas, enajenaciones realizadas fuera de México derivar consecuencias legales (*que en este caso actualizan el pago del impuesto al valor agregado)* Dicho en otros términos: el legislador pretende la aplicación de su ley a un supuesto por realizarse en el extranjero, y el juez, frente a esta disposición, no buscará otro método, sino que simplemente aplicará la ley mexicana, por la manifiesta vocación internacional de esta.

8.4 Derecho uniforme.

Mediante este método, a través de normas de derecho material establecidas por un tratado o acuerdo internacional, se regulan las relaciones jurídicas que los particulares desarrollan en el ámbito internacional. No se trata en estricto sentido de un método independiente *pues podría quedar comprendido dentro del método de normas materiales* como mencionamos en el apartado anterior; sin embargo, por sus carácteristicas e importancia en el DIPr, y específicamente por una normatividad convencional internacional desde el punto de vista pedagógico se justifica su exposición por separado.

En materia de DIPr hay tres formas para elaborar convenciones internacionales: ***una*** es *acordar que la convención o el tratado se componga de reglas de conflicto que en su momento consultará el juez del foro para que le indiquen el derecho que debe aplicar.* ***Otra*** *manera es elaborar la convención o el tratado con normas de* ***derecho sustantivo o derecho material****; en este caso, el juez del foro las consultará para resolver directamente y en el fondo el asunto que requiera*. **La *tercera*** *forma es un método mixto en el que se incluyan tanto normas de conflicto como normas sustantivas o de derecho uniforme.* Las que nos interesan por el momento son las *normas de derecho uniforme a partir de convenios internacionales*.

Por no remontarnos más que a 1930, en ese año se adoptaron tres convenciones de *derecho cambiario en Ginebra, Suiza*. *Una de ellas,* la Convención sobre la Reglamentación Uniforme del Derecho de la Letra de Cambio, es el antecedente moderno más importante en materia de derecho uniforme, sin embargo, a pesar de su relevancia, en la práctita no tuvo existo, ya que en la propia convención se disponía que los Estados partes estaban obligados a introducir en su legislación interna las disposiciones de la ley uniforme prevista en el tratado y el resultado fue que, con el tiempo esas normas internas fueron cambiando poco a poco desapareció la uniformidad que se buscaba. Con base en esa experiencia, en las convenciónes modernas de derecho uniforme el método es distinto. *La norma material se establece en el nivel del tratado o de la convención internacional y no hay obligación para los Estados contratantes de la incorporación a su derecho interno*. La obligación consiste, entre los Estados parte en el acuerdo, en que sus jueces y tribunales consulten la convención o el tratado y apliquen dicha normatividad como si fuera una norma material interna, o sea, de manera directa y para resolver el fondo del asunto.

En la actualidad existe una tendencia definida a incrementar el número de convenciones y tratados internacionales elaborados de acuerdo con el método de derecho *uniforme*. *Dos de las convenciones con mayor número de ratificaciones en el campo del derecho mercantil están elaboradas con este método: la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de Nueva York (1958), y la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de Viena (1980), de las cuales México es Estado Parte.*

Entre las ventajas que tiene este método están las siguientes: una verdadera armonización internacional de conceptos y soluciones sobre un tema específico para un determinado número de Estados. La armonización lleva a la unificación de criterios por parte de los propios tribunales nacionales. De acuerdo con la interpretación que estos hagan, se sabe cuál es la posición que guardan sobre el tema de que se trate, lo que contribuye a una *mayor certeza y previsibilidad jurídicas.* Instrumentos de esta naturaleza facilitan la unificación de países, en materia económica y comercial, y si bien hoy esa unificación es fundamentalmente regional, como en el caso de la Unión Europea el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, hoy T--MEC, entre otros procesos semejantes, esto confirma que existe un movimiento favorable para unificaciones y armonizaciones jurídicas más amplías. Puede incluso preverse que este método, por su constante expansión, tiende a sustituir en muchas aréas al sistema conflictual tradicional, por ser aquel más definido y aportar mayor certeza.

Un ejemplo de esta tendencia puede ser la CIDIP, donde la aprobación de convenciones de derecho uniforme es cada vez mayor. En la reunión realizada por la CIDIP en febrero del 2002 en *Washington, D.C.*, las dos propuestas aprobadas fueron leyes modelo: *el reconocimiento de embarque interamericano para transporte de carga por carretera y la ley uniforme sobre Garantías Mobiliarias.* Salvo la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, actualmente todos los demás foros internacionales de trascendencia elaboraron convenciones de derecho uniforme.

Uno de esos desarrollos es *Roma I y el otro, sobre las obligaciones extracontractuales, también a nivel internacional, Roma II.*

Los antecedentes de lo que hoy se conoce como los *proyectos Roma I y Roma II* se encuentran en la *Convención de Roma sobre Obligaciones Contractuales* internacionales de 1980, que fue un hito en esta materia porque dio un cambio y género avances fundamentales sobre la naturaleza de las reglas de conflicto y de puntos de contacto o conexión, logrando una muy buena uniformidad del derecho en la materia. Es decir, se pasó de los criterios rígidos y generales europeos que en México aún usamos con frecuencia, a criterios más prácticos y objetivos tales como "*la conexión más extrecha" o "la prestación carácteristica"* y no, el lugar de ejecución del contrato, sobre todo cuando hoy en día hay contratos, que tienen ejecución en países distintos; especialmente en el comercio de *materia prima, fruta y hortalizas,* cuando se pacta con importador que la mercadería se entregue en diferentes países o puertos e, incluso, en ocasiones, el pago debe ser hecho en cada uno de esos lugares.

La aplicación de la Convención de Roma de 1980, con nuevas reglas de conflicto y los puntos de contacto abiertos, provocó diversas interpretaciones y, lejos de *uniformizar* reglas*, de conflicto y puntos de contacto, dispersó las soluciones*. De ahí que con base en decisiones de los tribunales nacionales de la Unión Europea sobre la Convención y con el afán de seguir manteniendo la uniformidad jurídica en la Unión, se propuso el proyecto Roma I, en el que fundamentalmente se llevó a cabo una revisión de la *Convención de Roma*.

La propuesta fue en *tres sentidos principalmente*:

1.- Ajustar las reglas de conflicto dejándole menos margen al juez para interpretación, sin afectar la novedad de las reglas de la Convención.

2.- Reubicándolas como veremos, para hacerlas más precisas y evitando con ello diversa interpretación.

3.- Al hacerse una modificación de este tipo, esta modificación entraría como *Reglamento del Consejo de Europa* y, por tanto, obligatorio directamente para los sistemas jurídicos de los países miembros de la Unión.

De esta manera, conforme al inciso *a)* del art. 4, en los contratos de compraventa internacional de mercaderías, será la ley del lugar de la residencia habitual de vendedor. Con lo cual se hace eco del punto de contacto moderno propuesto desde 1980 por la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

Si se trata de prestación de servicios, será la ley de la residencia habitual del prestador del servicio. En materia de inmuebles, por el principio tradicional de la *lex rei sitae.* En el caso de contratos de franquicia, por la residencia habitual del franquiciado. Los Contratos relativos a distribución, por la residencia habitual del dustribuidor. Para bienes, la ley del lugar donde haya tenido lugar la subasta. A propósito, no se refiere a valores financieros o títulos valor, por considerar que cada uno de ellos tiene una regulación autónoma.

El art. 6° del Reglamento se refiere a los contratos de consumo y fija como punto de contacto para la ley aplicable la de la residencia habitual del consumidor. En el art. 7° se regulan los diferentes puntos de contacto dependiendo del tipo de seguro. En el contrato de vida hay plena autonomía de las partes, en el resto de contratos se limita la elección a cuatro puntos de contacto: la ley del Estado miembro donde se localice el riesgo en el momento de la firma del contrato; el de la residencia habitual del tomador; en el caso de seguros sobre riesgos ilimitados, puede ser la ley de un tercer Estado, si se cubren los riesgos fuera de la Unión y en el caso de seguro de vida, además de la libertad de escogimiento, se propone la ley de la cual es nacional el tomador.

El Reglamento es extenso, cubre una serie de temas interesantes: las leyes de policía o leyes de aplicación inmediata y la posibilidad que estas normas de orden público sean aplicadas por un juez de un país distinto (art. 9°). El consentimiento y la validez formal de los contratos donde se remite a reglas internas (art. 10). El ámbito de la ley designada aplicable, que recoge los principios de UNIDROIT sobre: cumplimiento, ejecución y poderes, básicamente.

En el capítulo III define el concepto de residencia habitual, principalmente de las personas morales (art. 19) y determina cuales son los vínculos entre el Reglamento y la Convención de Roma. Se abandona a la *Lex loci constituciones* a favor de un criterio más real que es el del principal lugar de sus actividades.

Pasemos ahora a un breve comentario sobre el Proyecto Roma II. Este proyecto se convirtió también en Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del

Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II).

Su ámbito se limita a la responsabilidad civil y mercantil que tenga efectos internacionales. En cuanto a los hechos dañosos se considera *la ley del lugar donde se produce el daño* con independencia del país donde se generó el mismo. En materia de daño por producto defectuoso y, dados los estándares altos de indemnización de los países de la Unión, se establecen *dos criterios principales*: *residencia habitual del perjudicado* y *ley del país donde se adquirió el producto si ahí se comercializó*.

Para el enriquecimiento injusto se prevén tres hipotesis: si es el caso, la ley de la relación donde derivó ese enriquecimiento, a falta de esta, la ley donde se produjo el enriquecimiento y finalmente, si las dos partes tienen residencia habitual en un mismo Estado parte, esa ley es la aplicable.

Interesante el capitulo IV, donde se prevé que las partes pueden escoger la ley aplicable una eventual obligación extracontractual.

En un país como Mexico, donde los iusinternacionalistas debemos bregar para el el sistema de DIPr, avance, también tenemos que estar pendientes de lo que se discute fuera a fin de poder alimentar y enriquecer nuestro sistema.

8.5 Lex Mercatoria

Introducción.

Desde sus inicios modernos, el concepto *lex mercatoria* sirvió para connotar un complejo sistema de reglas que la doctrina y la jurisprudencia de diversos países se han encargado de definir como una *normatividad que se genera de manera paralela y autónoma a los sistemas jurídicos nacionales*.

La *lex mercatoria*, según algunos autores, constituye un sistema de reglas; para otros es tan solo una acumulación de las mismas, y hay quienes piensan en un derecho no estatal y por tanto un derecho "*suave*" (*soft law*). Sin embargo, en cualquier posición que se tome, el común denominador lo constituyen *los usos y las costumbres*. Los *primeros*, empleados en forma reiterada, van conformando a *las segundas,* que son las que finalmente se toman como reglas de derecho.

Los usos y costumbres pasaron de ser usos reiterados en el tiempo, como se les ha contemplado tradicionalmente, *a reglas emitidas por las entidades internacionales*. Este cambio en su naturaleza, por su importancia, merece ser explicado para entender la forma como ciertos conceptos tradicionales debieron modificarse en un contexto moderno que requiere eficacia, velocidad y transnacionalidad en los actos de comercio. Cuando nos referimos a un cambio de esta naturaleza vemos por un lado a la vieja *opinio juras et necessitatis reflejada* en el concepto antiguo de la costumbre y el uso, reiterados en el tiempo. Sin embargo, cuando mencionamos la fórmula moderna de los usos mercantiles, nos estamos refiriendo concretamente *al impulso de los operadores del comercio internacional que están interesados en mantener reglas eficientes para el desarrollo de sus actividades.*

Planteamos desde luego un *primer deslinde* entre el concepto tradicional de la costumbre que se mantiene en el derecho interno, por una parte, y por la otra, el concepto moderno de los usos mercantiles, ahora creados por organismos internacionales a partir de las diversas realidades que viven cotidianamente los operadores internacionales del comercio. Son estos usos, como lo veremos más adelante, a los que encuadramos para efectos de este apartado dentro del concepto de la *lex mercatoria.*

Es importante enfatizar que las tecnologías han contribuido a acelerar este tipo de procesos. Una vida más rápida de intercambios obliga al incremento y a la especialidad de estas reglas y promueve su variedad. De ahí que, en nuestra opinión, deban ser identificadas y acotadas en una *doble dimensión: la normativa y la práctica* fin de hacer más comprensible el fenómeno.

Consideración normativa.

El intento de adentarse en el tema normativo de las reglas interncionales del comercio apareció en el mismo momento en que se discutió el nuevo concepto de *lex marcatoria.* Sin embargo, los argumentos de esa época, presentados de una manera diferente, nos darán la oportunidad de retomar el tema.

Para entender el fenómeno normativo de la *lex mercatoria* se pueden intentar diversas aproximaciones. Nosotros iniciamos su planteamiento en México hace más de tres décadas en esta obra, y ahora nos referimos a estas ideas nuevamente, aunque dentro de un contexto más actualizado.

La primera idea la planteamos a partir de los derechos nacionales mediante su regla de reconocimiento. *Así,* se puede decir que se trata de *un derecho creado por delegación efectuada, y más tarde reconocida, por los derechos nacionales a los órganos internacionales descentralizadas.* Dicho en otras palabras: el Estado está atento al acontecer nacional y en esa función emite leyes; sin embargo, hay conciencia en los poderes de ese Estado de que existe una realidad externa del comercio que se desarrolla en el mundo conforme a sus propias reglas y cuya naturaleza además requiere una mutación dinámica por el rápido desarrollo de los medios de información y transporte y de las actividades de los *operadores internacionales*. De esta manera, el Estado parece estar dispuesto a asumir una *descentralización normativa* en lo legislativo, al aceptar las reglas de organismos integrados por comerciantes, como el caso de la CCI, y al mismo tiempo reconocer estas reglas cuando se requiere, por medio de sus tribunales, el cumplimiento de las obligaciones contraídas conforme a dichas reglas. El hecho de que sean normas procedentes de un sistema diferente y autónomo de creación normativa, cuyo contenido no suele coincidir con las normas establecidas en el orden interno, provoca dificultades en su comprensión y, en ocasiones, hasta rechazo por parte de algunos jueces locales.

Hay quienes piensan que todo contrato debe ser regulado por la ley: “Lo que hace ejecutable a las claúsulas contractuales no es la voluntad de las partes, sino el derecho de cada parte en el contrato y por tanto, la posibilidad de ejercer coerción sobre la otra parte”. En realidad es un argumento circular: en la medida en que los contratos son regidos por una ley, son ejecutables. Nuestra opinión es diferente. Hoy en día se puede considerar que un contrato sin ley existe, en la medida en que las partes lo fundamenten en reglas internacionales y no necesariamente en una ley estatal especifica, y que puede ser admitido por los tribunales nacionales en la medida en que la voluntad de las partes sea suficientemente amplia para comprometerse con base en reglas que constituirán ley entre las partes, para efectos del cumplimiento del contrato.

Veamos ahora este mismo fenómeno normativo desde una perspectiva diferente: la de la *recepción centralizada, en los derechos nacionales, de una normatividad creada de manera descentralizada.* En este punto de vista nos da la oportunidad de asomarnos a las normas internas que facilitan esta interacción, como lo son fundamentalmente las que regulan la autonomía de la voluntad. Este pincipio permite también a los contratantes incluir en sus acuerdos las reglas que han sido creadas en un sistema jurídico paralelo. Lo que Walter Biagi llama ***“la capacidad natural de la persona de inducir el cambio dentro del ámbito jurídico mediante su voluntad”.***

Por otro lado, encontramos que las normas procesales internas facilitan el reconocimiento y la ejecución de las normas internacionales, tanto por las demandas

presentadas ante los tribunales correspondientes debido al incumplimiento de un contrato basado en dichas reglas, como por el reconocimiento y la ejecución de sentencias dictadas en el extranjero basadas en esas mismas reglas y que se presentaron ante tribunales mexicanos para su reconocimiento.

La normatividad creada en el ámbito internacional suele ser implícitamente derogatoria de las normas internas que con el tiempo quedaron obsoletas. Aquella se aplica por los operadores del comercio internacional y es la que hoy se acepta. *Un ejemplo es el de los bancos, con la carta de crédito y otros documentos en materia de garantías*. Se trata de instituciones frecuentemente previstas a nivel interno cuya regulación, por lo general, perdió actualidad y eficacia y sus normas han quedado relegadas al abandono.

De ahí que los propios tribunales nacionales hagan caso omiso de la ley interna y privilegien, entre otras, la aplicación de reglas internacionales como es el caso de la RUV-600 en materia de cartas de crédito que son emitidas por la CCI o los INCOTERMS, que también son generados por este mismo organismo internacional. Se trata de reglas que se modifican periódicamente pero que contienen determinados elementos básicos que le dan certeza al juez nacional: la seguridad de que la regla fue emitida por un organismo descentralizado ampliamente reconocido y que fue previamente admitida porque representa el consenso de los operadores internacionales en ese sector del comercio: es decir, la costumbre y los usos aceptados entre ellos.

También tiene la certeza de la fecha de publicación y el principio general que se sigue, en el sentido de que se aplique la regla de la fecha de celebración del contrato, a menos que las partes acuerden otra cosa. Existe la seguridad de que los comerciantes han escogido esas reglas con pleno conocimiento, ya que es la actividad que practican todos los días. Por último, se trata de reglas que contienen elementos parecidos formalmente a las normas internas y que pueden ser discernidos por los jueces. Las partes, al acordar estas reglas, las convierten en ley entre ellas.

El fenómeno que nos ocupa también puede enfocarse de otra manera. Conforme a este punto de vista, se tratará de un *sistema descentralizado, convalidado por la costumbre internacional y admitido por los sistemas nacionales.* En este caso, la discusión se centra en lo que debe entenderse por "*costumbre internacional*". Al inicio de esta exposición acotamos este concepto y mencionamos que la costumbre y los usos que la forman han cambiado de manera radical. Durante siglos conocimos el proceso lento de los usos, que luego el tiempo convirtió en costumbres y estas fueron aceptadas como reglas de derecho. Sin embargo a finales del siglo XIX, uno de los juristas más esclarecidos, León Bolaffio, se refirió a la *opinio juris sive necessitaris* en los términos siguientes: "*La práctica, la reiteración de los actos, no crea ni establece el derecho, porque este se encuentra ya en la conciencia del pueblo o de aquella clase social en*

que se ha formado", es decir, que el ejercicio reiterado de los actos es simplemente la manifestación externa de lo jurídico, de lo que existe y se practica, de lo que prevalece en un determinado grupo social. Hoy en día sucede algo parecido con la costumbre y con los usos a nivel internacional.

Son reglas que emiten los órganos descentralizados, mismos que las modifican de manera periódica. No se trata de la creación de nuevas reglas porque estas ya existían previamente en un grupo determinado de operadores del comercio (*banqueros, textileros, manufactureros, distribuidores, etc.*). Lo único diferente es que ahora existen organismos internacionales atentos a esos desarrollos cuya tarea consiste en recopilar y perfeccionar esas reglas para luego convertirlas en instrumentos internacionales (*convenciones, leyes modelo, guías legislativas, principios aplicables, etc.*). En otras palabras, por este medio hay un reconociento y aceptacion expresa de estas reglas por parte de todos los operadores que contribuyeron a crearlas, e incluso de aquellos otros que no participaron en dicho proceso,

De esta manera, llamamos *costumbre* a un proceso de creación distinto del que solíamos conocer en su sentido tradicional. *Las reglas internacionales son normas de comportamiento comercial de buena fe emitidas en una fecha cierta; son claras, evolucionan constantemente y cubren las posibles alternativas de actuación para todo operador internacional. De esta manera, el fin que persiguen la costumbre y los usos comerciales se cumple.* Son, por otro lado, las reglas que se aplican y se asimilan al concepto tradicional de los usos y costumbres, ya que se nutren precisamente del quehacer cotidiano de los operadores del comercio, solo que su proceso de creación ahora ha cambiado y requieren mayor especialidad y rapidez.

En estas condiciones se aplica el dispositivo previsto por el sistema interno, *que acepta a la costumbre como fuente integradora del derecho*, o quizá, lo más seguro, es que el concepto de la costumbre, como el de otras tantas instituciones jurídicas, ha debido cambiar ampliándose para cubrir fenómenos jurídicos inéditos. Aunque el procedimiento de creación no es el mismo, su origen y finalidad son iguales y por tanto es asimilable.

Veamos ahora el mismo fenómeno jurídico, pero desde la perspectiva "*de afuera"*. Hemos dicho que las reglas se producen por organismos internacionales descentralizados. Son vigentes hasta la fecha en que son modificadas y toman validez en el momento en que las partes en el contrato las escogen; su vigencia se encuentra limitada por ese negocio y sus efectos. Se trata de un ámbito estrictamente personal y específico del negocio jurídico. Su funcionamiento es parecido al de la costumbre tradicional; las reglas gremiales siempre fueron aplicables entre los comerciantes del gremio teniendo en cuenta su vigencia.

La especificidad de su ámbito de aplicación es tal que los mismos contratantes, en otro contrato sobre el mismo objeto, podrán acordar reglas diferentes. No es obligatorio escoger tales o cuales reglas, a condición de que sean las reglas aprobadas por el gremio o que sencillamente las acuerden las partes. Su ámbito temporal es conocido y no cuentan con un ámbito espacial definido; se aplican en el mundo entero porque precisamente han sido creadas por ese mundo de comerciantes agrupados en gremios y su interpretación y aplicación debe ser independiente del derecho *sustantivo aplicable al contrato*. A menos esa fue la respuesta del Tribunal de Vicenza, en Italia, en un caso sencillo de compraventa, pero conocido por la solución que dio dicho tribunal al caso. Electrosteel. En este caso la sentencia estableció que el término comercial internacional *franco destino* debía interpretarse de manera independiente al derecho *sustantivo aplicable al contrato,* por que dicho término contiene sus propias reglas de interpretación que pueden no coincidir con las reglas conforme a las cuales se interpreta y se aplica el derecho sustantivo. La razón consiste en que la regla internacional es regla uniforme para todo aquel comerciante que convenga con su contraparte en enviar la mercancía *franco destino,* y que todos sepan cuál es su interpretación para que no queden dudas y la afluencia del comercio sea mejor.

Un deslinde en esa dirección puede ser interesante en la medida en que nos ayuda a conocer las reglas que estamos tratando; sin embargo, en la practica profesional el concepto de *lex mercatoria* resulta todavía ambiguo para muchos, por lo que conviene insistir en que tipo de derecho estamos hablando.

Consideración práctica.

Tomemos por caso el de la cláusula de la ley aplicable en la que las partes han acordado como aplicable al fondo de su contrato, reglas de la naturaleza de la *lex mercatoria.* Como podrían ser los principios para la contratación internacional de UNIDROIT. El árbitro, en un caso como este, deberá buscar en el concepto su acepción correcta.

Tendrá que aplicar la o las reglas que las partes han decidido. La Regla 17, Normas Aplicables al Fondo de las Reglas de Arbitraje CCI (versión 1998), establece que a falta de acuerdo entre las partes "*el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes*". Estos "*usos pertinentes*", entendidos en el sentido amplio a que hemos aludido, serán parte de la *lex mercatoria* en tanto reglas definidas (INCOTERMS, ***Reglas para créditos documentarios***, etc.). La explicación que nos dan dos especialistas en el arbitraje: Yves Derains y Eric Schwartz, son ilustrativas sobre este punto:

> *Debido a que tanto la Lex Mercatoria como los usos comerciales están relacionados, hasta cierto punto, con las prácticas habituales, no siempre se percibe la frontera entre ambos. Pero el término Lex Mercatoria…se refiere a las reglas legales que se derivan del comercio internacional. El uso comercial está incluido en el acuerdo entre las partes (a menos que sea excluido). Es decir, las partes esperan que los contratos que concluyen, a menos que específicamente acuerden otra cosa, se ejecutaran de acuerdo con las prácticas usuales observadas en su esfera de negocios.*

En los usos y prácticas de los principios de la UNIDROIT sobre los contratos internacionales se encuentra una idea en el mismo sentido que los autores citados indican: art.1 (8), "1. ***Las partes tienen la obligación legal con cualquier uso que hayan acordado y con las prácticas que hayan establecido entre sí***". Y en el párrafo siguiente se expresa: *"Las partes tienen la obligación legal con el uso que sea conocido por las partes y observado por las mismas en la esfera particular invocada, excepto cuando la aplicación de dicho uso sea poco razonable*.

Esta idea está confirmada por el art. 9, párrafo 2, de la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable de los Contratos Internaciones, de la que México es Estado parte, que establece: "*Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz…*El Tribunal……También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por los organismos internacionales".

Dicho lo anterior, es necesario hacer un nuevo deslinde: el árbitro, ante la cláusula que le indica aplicar *lex mercatoria.* Podrá interpretar que su mención por las partes es un referente general a un sistema que engloba, entre otras, las reglas o los usos específicos que las partes han acordado que les sean aplicables, y por lo general serán las reglas aceptadas en su mutuo comercio. Estos serán parte de la *lex mercatoria* por su naturaleza (*normas expedidas por órganos decentralizados).*

Debido a que se estará indicando expresa o tácitamente la naturaleza de esas reglas se podrá saber de que reglas se trata, ya que habrán de quedar perfectamente acotadas por el tipo y la naturaleza del contrato en cuestión, por el carácter de los contratantes, por la actividad en que están involucrados; es decir, por "*los usos pertinentes" que* el arbitro deberá identificar a partir de las estipulaciones del contrato, pero siempre desde una perspectiva de interpretación más amplía, en el caso de que esos "*usos pertinentes"* no fueran suficientes.

En los extractos de los laudos CCI, entre muchos ejemplos sobre este punto, hay un caso que nos llamó la atención y en el que los árbitros *aplicaron la Convención de la Haya sobre la ley aplicable a bienes muebles corporales de 1964, por considerar que así estaba previsto en la cláusula arbitral*. Sin embargo, las partes hicieron mención de esta Convención como "*Uniform Law the international sale of godos of the Hague*", designación que fue considerada por la demandada como una mención errónea. No obstante, el tribunal arbitral decidió que el punto controvertido a resolver era la validez del contrato, no previsto en la Convención de La Haya y, por tanto, aplicó los principios de UNIDROIT, que son reglas internacionales no mencionadas expresamente por las partes en su cláusula, pues los árbitros, al constatar que las partes señalaron un instrumento internacional como ley aplicable, interpretaron que la voluntad de estas fue sometarse a reglas internacionales.

Dicho en otras palabras, los árbitros, después de haber llegado a la conclusión de que las partes habien acordado sometarse a reglas internacionales, decidieron aplicar aquellas que, en su opinión, eran las más apropiadas a la relación jurídica de que se trataba. De esta manera, supieron determinar las reglas adecuadas dentro del sistema de la *lex mercatoria* es un concepto inaccesible, etéreo o demasiado general, dentro del que resulta imposible determinar una regla aplicable a un caso particular.

El caso de México.

En México no hay una tradición cultural en materia de *aceptación de usos y costumbres de origen internacional; sin embargo,* en una tesis sostenida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en 1986, se sostuvo lo siguiente:

Tal "apertura" consistió en aceptar como válido un título de crédito (una letra de cambio) aun cuando no reunía los requisitos de la ley interna, por lo que el alto tribunal sacrificó lo dispuesto por la ley interna (para las relaciones de tráfico interno), evadiendo el territorialismo y admitiendo que cualquier denominación es aceptable, bastando solo que no deje lugar a dudas "la obligación consignada". Este precedente, y desafortunadamente otros menos claros, han sentado un criterio que en principio los jueces federales deben seguir. Sin embargo, quedan fuera de esta dirección los tribunales locales, en donde los jueces tienen dificultades para aplicar una regla de esta naturaleza.

Un caso actual fue el debate auspiciado por el capítulo mexicano de la CCI, con diferentes autoridades, para modificar el art. 17 de *la Ley de Instituciones de Crédito en Materia de Cartas de Crédito,* a fin de establecer expresamente que en esta materia se acepten las reglas emitidas por organismos descentralizados. Dicho artículo incluso

excluye la aplicación de la ley que sería normalmente aplicable: *la Ley General de Titulos y Operaciones de Crédito,* en los términos siguientes:

> *(Párrafo 1) Las instituciones de crédito, al emitir las cartas de crédito a que se refieren las fracciones VIII y XIV del artículo 46 de esta Ley, se sujetarán a lo señalado en este articulo y,* ***de manera supletoria, a los usos y prácticas que expresamente indiquen las partes en cada una de ellas****, sin que resulte aplicable para esta operación lo dispuesto en la Ley General de Titulos Y Operaciones de Crédito en materia de cartas de crédito.*

Capítulo 9. Conflictos de Competencia Judicial.

9.1 Antecedentes

Los llamados ***conflictos de competencia judicial*** se inician de manera casi paralela a **los conflictos legislativos**, que hemos denominado ***sistema conflictual tradicional***. Uno de los primeros antecedentes es el planteado en el siglo XIII por Carolus de Tocco, según el cual el juez debe aplicar siempre su propia ley, es decir, **tanto su ley procesal como su ley material,** al fondo del asunto, lo cual implica una concurrencia de **competencia judicial y de competencia legislativa**. De este modo, determinada la primera, la segunda será su consecuencia, o sea que el problema se reduce, en última instancia, a determinar **la *competencia judicial*.**

Durante el mismo siglo XIII, Jacobus Balduini afirmó que en materia **contractual, si se trata de una costumbre (*o una ley*) relativa al procedimiento, la aplicable *será la del juez de la causa****;* si la costumbre (*la ley*) se refiere a la decisión del proceso, esta deberá ser la del lugar donde se celebró el contrato. En otras palabras, ***lex fori*** en lo relativo al proceso, ***locus regit actum*** en cuanto al fondo de aquel. Esta dualidad planteada por el autor mencionado rompío con una concepción antigua y se refleja, en cierta medida, en el desarrollo doctrinal contemporáneo. Es común que a muchos tribunales y jueces solo les interese determinar su competencia y acto seguido, sin tener en cuenta la naturaleza del asunto o de las leyes aplicables, simplemente apliquen su propia ley al fondo del asunto. Este proceder refleja que.

- *El juez o tribunal desconoce que, en ciertos casos, el fondo del asunto debe regirse por una ley sustantiva diferente de la suya, y*

- *Ese juez o tribunal simplemente rechaza aplicar cualquier ley distinta de la suya.*

De esta manera, ya sea por ignorancia o por una política judicial, procederes de este tipo interrumpen la vida jurídica internacional. En tales condiciones, lo correcto consiste en decidir la competencia conforme a las **leyes procesales propias (*lex fori*)** y después, si el asunto lo requiere, **aplicar las leyes sustantivas correspondientes, incluso extranjeras si es necesario. Hacerlo así es actuar jurídicamente e impartir justicia en cada caso concreto.**

Con base en los planteamientos anteriores, el tema que ahora nos ocupa puede resumirse en los puntos siguientes:

- *Determinación de las normas competenciales del juez nacional.*
- ***** *Determinación de la competencia internacional de ese mismo juez.*
- *Determinación de las reglas conforme a las cuales el juez nacional puede reconocer los efectos de una sentencia pronunciada por un juez distinto, normalmente extranjero.*

Los dos primeros casos se refieren a la ***competencia directa***, y el *último a la* ***competencia indirecta****,* lo cual se estudiará a continuación. Una vez expuestos estos temas, revisaremos también brevemente, las reglas básicas de la cooperación judicial, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, y concluiremos con algunas palabras acerca del arbitraje internacional tal como está previsto por el título cuarto del libro quinto del *Código de Comercio (C. Com.).*

9.2 Competencia Directa.

Todo Estado moderno desea que sus normas se apliquen en forma correcta, por lo cual se creó un sistema de aplicación del derecho que puede ser de naturaleza administrativa (*autoridades administrativas, materialmente jurisdiccionales*), judicial o privada. (*el arbitraje*).

Las normas operativas de todo sistema judicial son principalmente la competencia y el procedimiento; por su naturaleza y función, estas normas son de aplicación local. Se trata de la actividad del Estado encaminada a la actuación del derecho mediante la aplicación de una norma general a un caso concreto, lo que se conoce como *jurisdicción*. A su vez, la competencia es la medida de esa jurisdicción, es decir, la facultad del juez para ejercer la jurisdicción que le corresponda en un caso concreto. La competencia directa es entonces, en el sentido ahora empleado, el ejercicio de la

jurisdicción por el juez en el momento en que decide conocer de un asunto y aplicar la norma general al caso concreto.

Competencia directa nacional.

En algunos sistemas jurídicos, la decisión acerca de la competencia de tribunales o jueces queda a criterio de cualquiera de ellos: por ejemplo, en los sistemas jurídicos anglosajones, salvo ciertos criterios generalmente admitidos o criterios jurisprudenciales obligatorios, tribunales y jueces gozan de amplia discrecionalidad para determinar su competencia. En los sistemas jurídicos codificados, por lo *regular se establecen ciertas reglas generales y con frecuencia se definen los criterios más numerosos y específicos*.

El derecho positivo mexicano brinda un amplio catálogo de principios generales y específicos que ayudan a plantear y resolver este tipo de problemas. Tal es el caso de los arts. 24 del *Código Federal de Procedimientos Civiles* (CFPC) y 156 del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal* (CPCDF). Cabe aclarar que se trata exclusivamente de reglas de *competencia* ***territorial*** y no de reglas de competencia por **materia o cuantía**.

Será juez competente:

Artículo 24, CFPC	**Artículo 156**, CPCDF
I.- *El del lugar que el demandado haya señalado para ser requerido. judicialmente sobre el cumplimiento de su obligación.*	**I.** *El del lugar que el deudor haya designado para ser requerido judicialmente de pago*.
II.- *El del lugar convenido para el cumplimiento de la obligación.*	**II.** *El del lugar señalado en el contrato para el cumplimiento de la obligación. Tanto en este caso como en el anterior, surte el fuero* ***no sólo para la ejecución o cumplimiento del***

	contrato, sino para la rescisión o nulidad.

En los preceptos anteriores se recoge el **principio derivado del fórum *loci executionis***, según el cual la **determinación del juez competente se *hace en razón del lugar donde debe cumplirse la obligación de que se trate***. Por otro lado, cabe destacar que la competencia del juez es producto de *la autonomía de la voluntad* del demandado o deudor, de acuerdo con la fracc. I de ambas disposiciones**, o de la voluntad de las partes (fracc. II) cuando ellas así lo hayan convenido**. El establecimiento de la competencia **del juez por la voluntad del deudor o demandado o de las partes en el convenio da prórroga de la jurisdicción;** es una de las columnas sobre las que reposa el DIPr contemporáneo, como veremos al final de este capítulo, cuando tratemos **el arbitraje comercial**.

Retomemos el tema de los artículos comentados: será precisamente ese juez designado con antelación el que dictará las medidas ejecutorias que puedan desprenderse del incumplimiento de la obligación y velará por la observancia de dichas medidas. *En la práctica internacional, se acostumbra que el deudor señale como lugar de cumplimiento de la obligación **su domicilio o el sitio donde cuente con bienes, aunque en ocasiones se designa el lugar donde el deudor tiene mayor facilidad de pago de la obligación:** cuando su residencia se encuentre en un país que tiene control de cambios,* por ejemplo:

Cabe señalar que la fracc. I del art. 24 del CFPC establece una fórmula más general, pues no solo se limita al pago; lo mismo sucede con la fracc. II de ese mismo artículo. En cuanto al párrafo 2 de la fracc II del art. 156 del CFPC, *se prevén también los casos de rescisión y nulidad.* En cuanto **a *la primera***, no existe dificultad alguna en virtud de que puede ser consecuencia del incumplimiento de la obligación, en cuyo caso se vuelve al principio general. En lo relativo *a la nulidad, **hay dos opciones***: la más común ***es la ley de ejecución del contrato***; sin embargo, *puede **ser aplicable la ley del lugar de celebración del acto o del contrato*****,** en la medida en que dicha nulidad podría derivarse de la celebración del acto generador. Así, *el juez mexicano deberá referirse a las leyes del lugar de celebración, que quizá sean las de un sitio distinto*. En otras palabras: estará ejerciendo su jurisdicción y, por tanto, aplicará su ley al procedimiento; eventualmente tendrá que aplicar al fondo una ley distinta, que *puede ser la ley del lugar donde se contrajo la obligación o se celebró el contrato*, tal como lo señalan las fracciones de los artículos siguientes:

Artículo 24, CFPC	**Artículo 156,** CPCDF
III.- *El de la ubicación de la cosa, tratándose de* ***acciones reales sobre inmuebles o de controversias derivadas del contrato de arrendamiento****. Si las cosas estuvieren situadas en, o abarcaren dos o más circunscripciones territoriales, será competente el que prevenga en el conocimiento del negocio.*	**III.** *El de la ubicación de la cosa, si se ejercita* ***una acción real sobre bienes inmuebles. Lo mismo se observará respecto a las cuestiones derivadas del contrato de arrendamiento de inmuebles.***

En estos *preceptos se recoge* ***el principio fórum lex rei sitae****.* **Se trata de un principio de orden estrictamente territorial: el juez del lugar de ubicación del inmueble podrá llevar a cabo de manera directa las acciones referentes a aquel o, igualmente, podrá intervenir en forma directa para cuestiones relativa al registro de los bienes que se encuentren dentro de su jurisdicción**. Hay que tener en cuenta que el registro del inmueble por lo general se encuentra dentro de la jurisdicción del juez y, por tanto, este puede ordenar la inscripción de los resultados del juicio.

La asimilación del contrato de arrendamiento parte de la relación estrecha que ese contrato tiene respecto al inmueble, y especialmente de las medidas ejecutorias que puedan derivarse de él. En este caso se trata, además **de un ejemplo típico de *concurrencia simultánea de competencia judicial y de competencia legislativa*** (arts.13, fracc. III, del CCF y 121, fracc. III, constitucional), es decir, una vez determinada la competencia del juez, su ley material (*fórum rei sitae)* será aplicable. La última parte de la fracc. II en el CFPC atiende a la naturaleza del propio Código y es una cuestión procesal que solo tiene relevancia cuando se presenta como una regla excluyente, **en el caso de que se trate de ejecutar una sentencia extranjera sobre un asunto que hay es objeto de litigio en un tribunal mexicano**. Este criterio ha sido afirmado por los Tribunales Colegiados en los términos siguientes:

> *Se advierte que todos los actos relativos a los bienes inmuebles deberán normarse por las disposiciones que rigen para el lugar donde estos se encuentren,* ***independientemente del domicilio, condición personal, estado civil o nacionalidad de quienes los celebren, pues al respecto dicha legislación adopta el principio de derecho internacional privado lex rei sitae,*** *lo que no pugna o confronta el contenido de los artículos 121, fracc. II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 13,*

fracc. III, del Código Civil Federal, pues en estos preceptos igualmente se señala que los litigios que lleguen a suscitarse respecto ***de bienes inmuebles se regirán por el Código Civil de la entidad donde se encuentren.***

Artículo 24, CFPC	**Artículo156,** CPCDF
IV. ***El del domicilio*** *del demandado, tratándose* ***de acciones reales sobre muebles o de acciones personales, colectivas o del estado civil.***	**IV. *El del domicilio*** *del demandado, si* ***se trata del ejercicio de una acción sobre bienes muebles, o de acciones personales o del estado civil.*** *Cuando sean varios los demandados y tuvieren diversos domicilios, será competente el juez que se encuentre en turno del domicilio que escoja el actor*.

En estos preceptos se establece el principio *mobilia sequntur personam* ("*los bienes muebles siguen a las personas"*), conforme al cual se considera que el bien se encuentra en el lugar del domicilio del propietario. Dada la movilidad de este tipo de bienes, su ubicación exacta se dificultaría y, por tanto, deben vincularse con un contacto estable como el domicilio. Sin embargo, la evolución contemporánea en materia de bienes muebles ha seguido un cauce distinto y ya no se contemplan estas disposiciones; tampoco se tomaron en cuenta en las reformas del CCDF de 1988, en las cuales se recogió el principio de *lex rei sitae* también para los bienes muebles. No obstante, ese criterio ha cambiado internacionalmente por otro más estable y preciso que aún no recoge nuestra legislación civil, aunque en un área restringida del sistema jurídico lo hace la legislación financiera.

En el art. 107 de la *Ley del Mercado de Valores, la Comisión* púede decretar como medida precautoria la suspensión de la inscripción de valores en el Registro, lo cual indica que es el *Reglamento del Registro Público del Mercado de Valores al que nos debemos referir. La vida de los valores se encuentra aqui. Nuevamente* un criterio funcional.

La razón de estos cambios, como se comento en su oportunidad, es la siguiente: las acciones y demás títulos valor se consideran bienes muebles y representan hoy en día la mayor riqueza del mundo contemporáneo. Estos títulos se cotizan y venden en bolsa y se estima que es ahí donde deben estar vinculados por la ley que los rige, pues quien los adquiere simplemente deberá constatar conforme a esas leyes si la transmisión del

título o valor es válida y se encuentra registrada, y no hacer depender dicha validez de otra u otras leyes, como **podrían ser la del lugar de emisión del título, del domicilio de su propietario original, etc**. En la ya citada Convención de La Haya, en diciembre de 2002, se establecen **las reglas para que se aplique** la **ley del lugar del establecimiento del intermediario relevante** a la transmisión de valores anotados en cuenta, con lo que se propone que sea una sola ley, un sistema jurídico, el que rija una amplia serie de actos en torno a la vida de estos valores. La regla de conflicto que esta Convención establece es el *PRIMA (Place of the Relevant Intermadiary Approach).*

Volviendo al art. 156 del CPCDF que comentamos, se relacionan las acciones personales –que pueden ser de crédito, **por reclamaciones por daños o del estado civil- con el domicilio de la persona, con lo que hay coherencia con el principio del domicilio que vimos anteriormente**. Como se recordará, en el CCF se establece que todas las cuestiones relacionadas ***con la capacidad y el estado civil de las personas serán regidas por la ley del lugar del domicilio*** *(art. 13, fracc. II*). Aquí hay concordancia de nuevo entre *la competencia legislativa y la competencia judicial.*

Esta regla de competencia, que se define *por el* ***domicilio del demandado*** **en acciones personales,** abre una posibilidad en México para la víctima de productos fabricados en el extranjero. Así, por ejemplo, debido a que el sistema de responsabilidad objetiva en nuestro país es demasiado general y difícil de probar en la práctica, y sobre todo por los montos de indemnización previstos por nuestros códigos civiles, que son sumamente limitados, si una víctima en México quisiera entablar una acción por responsabilidad directa (strict lia-bility) en Estados Unidos, podría tener una base importante para su argumentación ante el juez estadounidense al mostrarle que la regla competencial de la ley mexicana apunta hacia ***el domicilio del demandado*****. La ley señala otros criterios:**

Artículo 24, CFPC	**Artículo 156,** CPCDF
V.- *El del lugar del domicilio del deudor, en caso de concurso;*	**VII**. *En los concursos de acreedores, el juez del domicilio del deudor;*

Nuevamente se reproduce aquí la idea del *fórum loci executionis*, mencionada, que concuerda en este caso con otro **punto de contacto: *el domicilio*.** Se trata de una cuestión de economía procesal y de protección al deudor al centralizar todas las acciones, pero también significa protección del acreedor, ya que tendrá la oportunidad de conocer la existencia de otros acreedores, la naturaleza de las reclamaciones, su cuantía y la procedencia de estas. En la *ley de Concursos Mercantiles,* en el sentido

apuntado, se *define e**l domicilio*** **de la *empresa en concurso como el domicilio social, y si este no existe, el del "lugar donde tenga la administración principal la empresa*" (art. 4°, fracc. III) y otorga competencia para conocer del concurso mercantil al "Juez de Distrito con jurisdicción en el lugar donde el Comerciante tenga su domicilio**" (art. 17).

Sobre la competencia asignada al juez del domicilio del deudor, la SCJN ha establecido que:

> *La facultad de las legislaturas estatales para regular el uso, goce y disfrute de los bienes inmuebles ubicados en su territorio debe interpretarse dentro del contexto del sistema constitucional, es decir, en concordancia con las disposiciones federales existentes en la materia y no aisladamente. En efecto, las leyes expedidas por el Congreso de la Unión cuyas disposiciones establezcan modalidades sobre la propiedad privada no violan la distribución de competencias contenida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos cuando dichas modalidades tengan por objeto el interés público que legitime constitucionalmente su imposición e incidan en la materia competencial asignada al indicado Congreso. Así, la expedición de la Ley de Concursos Mercantiles, en la cual se regulan las subastas de inmuebles de los comerciantes sujetos a concurso, no invade la esfera competencial de las legislaturas locales, al encontrar su fundamento en las implícitas conferidas al Congreso Federal por el art. 73, fracc. XXX, constitucional, cuyo fin es hacer efectiva la atribución expresa que le otorga el propio precepto en materia comercial; de ahí que guarda una referencia constitucional que debe interpretarse en armonía con el principio lex rei sitae,* en virtud del cual los **bienes muebles e inmuebles se rigen por la ley del lugar de su ubicación**. Además, al ser el concurso mercantil un procedimiento espacial, el aludido ordenamiento legal constituye un régimen de excepción justificado por el estado de insolvencia del comerciante, ya que atiende a sus características especiales y al carácter mercantil de su actividad, cuya regulación corresponde constitucionalmente al Congreso de la Unión y de ahí que deba tener competencia el juez del domicilio del deudor.

Un criterio más, los códigos respectivos señalan:

Artículo 24, CFPC	**Artículo** 156, CPCDF
VI.- *El del lugar en que haya tenido su domicilio el autor de la sucesión, en la*	**V.** *En los juicios hereditarios, el juez en cuya jurisdicción haya tenido su último*

época de su muerte, tratándose de juicios hereditarios; a falta de ese domicilio, será competente el de la ubicación de los bienes raíces sucesorios, observándose, en lo aplicable, lo dispuesto en la ***fracción III.*** *A falta de domicilio y bienes raíces, es competente el del lugar del fallecimiento del autor de la herencia*.	*domicilio el autor de la herencia; a falta de ese domicilio, lo será el de la ubicación de bienes raíces que forman la herencia; y a falta de domicilio y bienes raíces, el del lugar del fallecimiento del autor de la herencia. Lo mismo se observará en casos de ausencia.*

En los preceptos anteriores existen varios aspectos que merecen considerarse. Desde el punto vista formal, aparece con claridad una jerarquización de **puntos de *conexión*: *domicilio del hoy difunto*, *lugar de ubicación de los bienes raíces* y *lugar de fallecimiento del autor de la herencia*, en orden de importancia**. En relación con el último domicilio del hoy difunto, se trata de un punto de conexión antiguo; basta recordar el discurso de Isocratés en la Grecia Clasica, en el cual señalaba la posibilidad de hacer regir la sucesión de una persona fallecida mediante ese punto de contacto; además, se trata de un concepto ampliamente difundido que atiende, en la terminología de Savigny, al **centro de gravedad de las relaciones jurídicas del individuo.**

En el caso del precepto citado, este punto de conexión se plantea como el contacto principal al que debe atender el juez, subsumiendo incluso otro punto de contacto fuerte, como es la ubicación de los bienes raíces o bienes inmuebles. Esto quiere decir que, dentro del país, el último domicilio del hoy difunto en el Distrito Federal podría ser una regla de competencia de tal magnitud que atraería a la sucesión incluso bienes inmuebles ubicados en otros estados de la Republica. Estos inmuebles se regirían, en *cuanto a su transmisión, por las leyes de su ubicación, pero la sucesión---la ley del Distrito Federal en este caso----se regirá por esta última ley en cuanto a la determinación de herederos, legatarios, porcentajes de distribución, etc*. Sin embargo, internacionalmente un problema de este tipo no es tan claro. Veamos unos ejemplos:

> *Una persona falleció domiciliada en el Distrito Federal, pero con bienes inmuebles en Costa Rica. El juez del Distrito Federal aplica su ley a la sucesión reparte conforme a esta (entre cónyuge, hijos, legatarios, etc.) los bienes inmuebles ubicados en Costa Rica. Cuando se trate de ejecutar en ese país la sentencia del juez del Distrito Federal, el juez costarricense deberá analizarla para reconocerla y darle fuerza ejecutoria, y aceptará en la medida en que el reparto que el juez mexicano hizo de los bienes inmuebles ubicados en ese país haya sido una norma aceptable para el juez costarricense.*

> *Otro ejemplo: a la inversa, el Juez de Costa Rica dispone sobre los bienes inmuebles ubicados en el Distrito Federal. El mismo procedimiento: el juez del Distrito Federal decidirá sí acepta o no el reparto hecho por el juez costarricense entre los herederos y si las designaciones de estos y otros aspectos de la sucesión no van en contra de lo que disponen las leyes del Distrito Federal, a pesar de que, como veremos más adelante, los tribunales mexicanos tienen competencia exclusiva en materia de derechos reales sobre inmuebles ubicados en territorio nacional. En el caso de la sucesión, la disposición de derechos reales (adjudicación de los bienes a los herederos) sobre inmuebles en México es aceptable como excepción con base en el* ***principio de reciprocidad,*** *a fin de que los mexicanos y residentes en el país puedan participar también en procesos sucesorios en otras naciones.*

En la práctica judicial internacional suele rechazarse el *punto de conexión del último domicilio del difunto, en tanto principio de competencia, sobre todo cuando este se ubica en un país y los bienes raíces en otro*. *Este es el caso de Francia, donde los jueces locales rechazan la competencia de jueces extranjeros si los bienes raíces están en territorio francés,* lo cual provoca una división en el conocimiento de la masa hereditaria, y eventualmente rechazarían la repartición que hiciese un juez extranjero de dichos bienes, con lo cual además de interrumpir el tráfico jurídico internacional se falta al principio de reciprocidad internacional. Así una repartición de bienes raíces ubicados en el extranjero por parte de un juez francés podría ser rechazada por el juez de ubicación de los bienes con base en el argumento **de la falta de reciprocidad.**

Como punto de contacto subsidiario se establece **el lugar de fallecimiento de la persona** cuando sucede de manera imprevista o sin haber llegado a adquirir un domicilio. Esto plantea el inconveniente de que ese lugar de fallecimiento es accidental, pero se compensa con la posibilidad de que dicha persona tenga un domicilio o su residencia en ese sitio, con lo cual se vuelve al primer caso. Por último, cabe señalar que atinadamente, en el CPCDF, **el caso de ausencia se asimila** al del fallecimiento, pues desde el punto de vista jurídico los efectos serán los mismos. Al respecto los códigos disponen:

Artículo 24, CFPC	**Artículo 156**, CPCDF
VI. … *Es también competente el tribunal de que trata esta fracción, para conocer*:	**VI.** *Aquel en cuyo territorio radica un juicio sucesorio para conocer:*

a). - De las acciones de petición de herencia; **b). -** De las acciones contra la sucesión, antes de la partición y adjudicación de los bienes, y **c). -** De las acciones de nulidad, rescisión y evicción de la partición hereditaria.	**a). -** De las acciones de petición de herencia; **b). -** De las acciones contra la sucesión antes de la partición y adjudicación de los bienes; **c). -** De las acciones de nulidad, rescisión y evicción de la partición hereditaria.

Para proteger la unidad de la masa hereditaria se establece la competencia del mismo juez que conoce del juicio sucesorio, aunque lo anterior tiene un límite: hasta el momento de la partición y adjudicación de los bienes; después vuelven a aplicarse las normas generales respecto de dichos bienes: *lex rei sitae o mobilia sequntur personam.*

Sin embargo, cabe *destacar un par de cuestiones*: *acciones en contra de la sucesión antes de la partición y adjudicación de los bienes*. Pensemos en una sucesión cuyos bienes inmuebles se encuentran en Costa Rica. En esta sucesión hay personas domiciliadas en ese pero que concurren a la sucesión ante el Juez del Distrito Federal. En este caso podría suceder que un hijo ilegitimo del autor de la herencia entablara una acción en contra de la sucesión y el juez del Distrito Federal decidiera que ese hijo ilegítimo puede participar de la masa hereditaria y, por tanto, disminuya el haber de los herederos domiciliados en Costa Rica. Cuando se trate de ejecutar una sentencia mexicana sobre los bienes inmuebles ubicados en ese País, los herederos domiciliados en Costa Rica podrán ir ante el juez de ejecución de la sentencia y solicitarle que admita la sentencia mexicana, pero que excluya al hijo ilegítimo por que en esta parte la sentencia iría contra el orden público de Costa Rica, que **no otorga derechos hereditarios al hijo ilegítimo** y por tanto la sentencia no podrá ejecutarse.

La *segunda cuestión nulidades, rescisión y evicción de la participación hereditaria*. El juez del Distrito Federal podrá declarar la nulidad, la rescisión e incluso la evicción sobre bienes inmuebles en Costa Rica en la participación de los bienes, pero el juez costarricense decidirá en definitiva si acepta o no esta decisión del juez del Distrito Federal.

Los códigos de procedimientos indican lo siguiente:

Artículo 24, CFPC	**Artículo 156**, CPCDF

VII.- *El del lugar en que se hizo la inscripción en el Registro Público de la Propiedad, cuando la acción que se entable no tenga más objeto que decretar su cancelación.*	**VII**. [*Aquí se trata de una confirmación del principio lex rei sitae, como quedó descrito en el CPCDF anteriormente. Solo baste agregar que es ese juez el que en todo caso tiene jurisdicción sobre el Registro de la Propiedad y si ese juez fue quien ordenó el registro de tal o cual bien, será ese también a quien le corresponda decretar la cancelación del registro.]*

Artículo 24, CFPC	**Artículo 156,** CPCDF
VIII.- *En los actos de jurisdicción voluntaria, salvo disposición contraria de la ley, es juez competente el del domicilio del que promueve; pero, si se trata de bienes raíces, lo es el del lugar en que estén ubicados, observándose, en lo aplicable, lo dispuesto en la fracción III.*	**VIII.** *En los actos de jurisdicción voluntaria, el del domicilio del que promueve, pero si se tratare de bienes raíces, lo será el del lugar donde estén ubicados.*

Los principios son dos:

1. *El establecimiento de competencia en función del único interés en presencia, que es el del promovente respecto de juicios de jurisdicción voluntaria.*
2. *La jurisdicción con base en el principio fórum lex rei sitae, como ya quedó explicado.*

Veamos estos dos principios con un par de ejemplos.

> *En el primer caso es el interés exclusivo de la persona el que está en juego y, por tanto, la ley de su domicilio es la más apropiada. Piénsese en un juicio de jurisdicción voluntaria para modificar el nombre de la persona: será precisamente en su domicilio, el centro de su actividad, donde se encuentren quienes podrían ser testigos para el cambio del nombre, ya que la persona de que se trata se hizo llamar o se ostentó de tal forma toda su vida, cuando su nombre verdadero era otro; un caso común es el de los seudónimos con*

que se llama a ciertas personas, cuando estas los siguen ostentando en el curso de su vida.

En el segundo, si esa misma persona intentara un juicio de jurisdicción voluntaria de apeo y deslinde para determinar la extensión de un terreno que tiene en propiedad en el estado de Morelos, el juez competente será el juez de ese estado y la razón ya la dimos: será este juez que en definitiva deba o no ordenar al Registro Público de la Propiedad de su jurisdicción si se corrige o no la extensión del terreno mencionado.

Los artículos siguientes indican que:

Artículo 25, CFPC	**Artículo 156**, CPCDF
En los negocios relativos a la tutela de los menores o incapacitados, es juez competente el de la residencia del menor o incapacitado.	**IX**. En los negocios relativos a la tutela de los menores e incapacitados, el juez de la residencia de éstos, para la designación del tutor, y en los demás casos el del domicilio de éste.

En ambos casos se presupone que el juez de la residencia de menores e incapacitados protegerá mejor sus intereses, por estar vinculado de manera más directa con el medio donde se encuentran. En el CPCDF se prevé la posibilidad de un cambio de competencia en el supuesto de que el tutor se encuentre domiciliado en una jurisdicción diferente de la del menor o incapacitado. Por tratarse de la posibilidad de una remisión de competencia y de que las reglas procesales son estrictamente de derecho local, puede suceder que el segundo juez no acepte la competencia prevista, lo cual podría afectar los intereses de quien se pretende proteger. En este caso, se tendría que volver a la fórmula planteada por el CFPC; sin embargo, cabe hacer notar que la disposición del CPCDF tiende a otorgar mayores facilidades al tutor, ya que podrá hacer sus actuaciones respecto del menor ante el juez de su propio domicilio:

Artículo 26, CFPC	**Artículo 156**, CPCDF
Para suplir el consentimiento del que ejerza la patria potestad, y para conocer de los impedimentos para contraer matrimonio, es juez competente el del	**X**. *En los negocios relativos a suplir el consentimiento de quien ejerce la patria potestad, o impedimentos para contraer matrimonio, el del lugar*

lugar en que hayan presentado su solicitud los pretendientes.	*donde se hayan presentado los pretendientes.*

En este caso tenemos la jurisdicción de un juez que han escogido las partes, pues los pretendientes presentaron ante él su solicitud. Es decir, la determinación de esta jurisdicción es fortuita y ha quedado a la completa voluntad de las partes. Como hemos visto, esto es conveniente, pero en este caso ofrece complicaciones, pues si se trata del juez que deberá suplir el consentimiento del que ejerza la patria potestad, quiere decir que alguno o los dos contrayentes son incapacitados y, en estas condiciones, *¿Cómo pudieron escoger válidamente al juez que va a emitir la dispensa*? Peor aún es cuando ese juez sea quien deba conocer los impedimentos para contraer matrimonio, pues la elección fue fortuita y puede darse el caso, conforme a este criterio de que se esté, escogiendo un juez fuera del lugar en donde los futuros contrayentes están domiciliados y en donde se conocen las posibles incapacidades de estos: *¿Qué conocimiento puede tener ese juez de contrayentes que eventualmente estén incapacitados*? En fin, no es un buen principio de jurisdicción.

En todo caso, la conexión o el punto de contacto para determinar la jurisdicción en una situación de este tipo debe ser el del domicilio de alguno de los contrayentes, y si se quisiera ser más preciso, **sería el del domicilio o la residencia habitual del pretendiente incapacitado y sujeto a tutela, y si los dos lo fueran, podría ser el de la mujer, por considera que desde ciertos puntos de vista suele ser la parte débil en la relación, al menos en una sociedad como la mexicana**, como lo indican los artículos siguientes:

Artículo 27, CFPC	**Artículo 156**, CPCDF
[Párrafo 1.] *Para suplir la licencia marital y para conocer de los juicios de nulidad del matrimonio, es juez competente el del domicilio conyugal.*	**XI.** *Para decidir las diferencias conyugales y los juicios de nulidad del matrimonio, lo es el del domicilio conyugal.*

Estas disposiciones que consagran el principio del **domicilio conyugal** atienden a la voluntad implícita de los esposos. En cuanto al aspecto de la nulidad, si debe ser declarada respecto de la celebración del acto y este se llevó conforme a un derecho diferente, el juez recurrirá a la técnica conflictual tradicional, pero en todo caso el criterio es correcto, pues ese juez está vinculado de manera directa con los esposos. El CPCDF es más amplio: se refiere a las diferencias matrimoniales y no solo a la licencia marital.

Artículo 27, CFPC	**Artículo 156,** CPCDF
[Párrafo 2.] *El propio juez es competente para conocer de los negocios de divorcio y, tratándose de abandono de hogar, lo será el del domicilio del cónyuge abandonado.*	**XII.** *En los juicios de divorcio, el tribunal del domicilio conyugal, y en caso de abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado.*

Como se puede ver en ambos códigos, prevalece la conexión **del *domicilio conyugal*** respecto del divorcio, con lo cual se asemeja a la mayoría de las disposiciones que al efecto existen en Latinoamérica; sin embargo, en el *Código Bustamante de Derecho Internacional Privado (*Código de Bustamante de 1928), si bien se sigue esta orientación de manera general (arts. 52-56), en el art. 318 se establece una disposición distinta, consistente en que podría ser **juez competente el que las partes escojan**, por lo menos una de ellas, siempre que se encuentre domiciliada o resida dentro de su jurisdicción. En la Convención de La Haya sobre Reconocimiento de Divorcios y Separación de Cuerpos (1970), art. 2, se sustituye el criterio de **domicilio conyugal** por el de **residencia habitual,** que se traduce en mayor flexibilidad.

Respecto de los extranjeros, el art. 69 de la antigua *Ley General de Población (LGP) los* restringía en el uso de sus derechos para ejercer libremente actos del estado civil, en especial en materia de divorcios. Con la nueva *Ley de Migración*, se avecina un panorama más amplio. Conforme al citado art. 69 de la LGP actualmente derogado, los extranjeros que deseen demandar su divorcio en México requerirán permiso de la *Secretaría de Gobernación*, el cual les será otorgado siempre que sus condiciones y calidad migratoria lo permitan; esto ocurre generalmente después de *seis meses de residencia.* En territorio mexicano.

El segundo aspecto de las disposiciones comentadas es el **abandono de hogar**, en el cual se otorga mayor beneficio al cónyuge abandonado al posibilitarse la demanda ya no en el **domicilio conyugal, sino en el que tuviese, donde viva**.

Esta es una panorámica general de los casos en los cuales puede existir competencia de parte de algún juez. Si como se ha visto, con base en una vinculación objetiva se declara competente, existe una amplia posibilidad de que su sentencia sea reconocida fuera de su ámbito jurisdiccional.

Competencia directa internacional.

El reconocimiento de la competencia directa internacional para fines de eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras constituye una cuestión de gran importancia en el DIPr, que se puede plantear en los términos siguientes: la competencia directa de jueces y tribunales es objeto de regulación interna.

Cabe recordar lo mencionado al inicio de este capítulo: la competencia es la medida de la jurisdicción y esta, a su vez, la actividad estatal encaminada a la actuación del derecho mediante la aplicación de la norma general al caso concreto. De ahí que las normas procesales sean de carácter estrictamente interno y, por lo común, no las consideren los jueces extranjeros. Lo anterior implica que si el juez local decide que el juez extranjero que dictó la sentencia no tiene competencia o que la asumió indebidamente, no reconocerá su sentencia. En tal sentido, las consecuencias son graves, por que después de haberse ventilado un juicio en el ámbito nacional los gastos correspondientes de tiempo y dinero, la sentencia queda prácticamente sin efecto.

Se trata de un problema grave que atenta *contra la justicia y la seguridad jurídica*. Por ello, los Estados tratan de llegar a acuerdos en los que se precisen los criterios básicos de competencia directa en el ámbito internacional; sin embargo, no todos los países acatan estas reglas.

El CFPC tiene algunas disposiciones sobre el particular. Es aceptable la asunción de competencia por un tribunal extranjero, normalmente competente, a fin *de evitar la denegación de justicia (art.565)*. Se reconoce también *la autonomía de la voluntad de las partes en la prórroga jurisdiccional (art.566*). La elección de foro debe darse en términos *de igualdad (art. 567)* y se evitará el reconocimiento de sentencias extranjeras que vayan en contra *de la competencia exclusiva de los tribunales mexicanos (art. 568*). En este sentido, hay una decisión sobre competencia de Tribunales Colegiados que establece lo siguiente:

> *El artículo 606, fracción III, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece como condición, entre otras, la* ***competencia del juez*** o ***tribunal sentenciador****, a efecto de dársele fuerza de ejecución a una sentencia dictada en el extranjero. Por lo tanto, en el incidente que se promueva para el reconocimiento y homologación de una sentencia extranjera con miras para ser ejecutada en el territorio* ***nacional,*** *el* ***juez*** *que conozca de él debe pronunciarse oficiosamente sobre la* ***competencia*** *como una de las condiciones que dispone el citado numeral, precisamente por sólo satisfechos esos requisitos se estará en aptitud de atribuir ejecutividad a*

dicha resolución, no obstante que en ese procedimiento no se hubiere hecho valer la incompetencia del ***juez*** *extranjero por la parte interesada, pues el análisis de ese elemento que prevé el precepto legal en cita, debe realizarse oficiosamente por el* juzgador*, al ser esencial para la procedencia del incidente en cuestión.*

Veamos un ejemplo: La Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la *Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras*, de la que México es Estado parte, establece criterios básicos que fueron incorporados al derecho interno, de los cuales mencionamos los siguientes:

1. *En materia de acciones personales de naturaleza patrimonial deben satisfacerse algunos de los supuestos siguientes:*

a) *En el caso de personas físicas, que el demandado en el momento de entablarse la demanda, haya tenido su domicilio o residencia habitual en el territorio del país donde se pronunció la sentencia, lo cual no implica que entre el momento en que entablo la demanda y el momento en que se dictó sentencia haya cambiado su domicilio. Se trata aquí de preservar un punto de contacto entre el domicilio del demandado y la jurisdicción competente, siempre que se le haya citado para comparecer a juicio y en este haya podido hacer valer sus derechos y defensas: dicho en otras palabras, que la persona haya tenido un debido proceso.*

b) *En el caso de personas jurídicas, de sociedades civiles o mercantiles de carácter privado que hayan tenido su establecimiento principal en el territorio del país donde se pronuncia la sentencia; lo mismo que en caso anterior, pero aquí el punto de contacto es el establecimiento principal de la persona moral, lo que puede no ser justo para el actor.*

La persona moral es una empresa mexicana que fabrica sus productos para ser vendidos en México y en el extranjero, y ahí daña a una persona. La victima en el extranjero tendrá que venir a demandar su acción personal de daños y perjuicios a México si el producto mexicano causó daño a la víctima en el extranjero. Conforme a este criterio, como ya se mencionó y con las excepciones que señalaremos en seguida, estaría obligada a venir a demandar en México, donde además existe un concepto decimonónico de la "responsabilidad objetiva", demasiado antiguo o demasiado general, que no contempla de manera directa y precisa la responsabilidad derivada del producto (Salvo disposiciones administrativas de la Ley Federal de Protección al Consumidor) o a otras acciones modernas vinculadas con esta. En otros términos: a la

víctima no solo se le obligará a demandar en México, sino que además los jueces mexicanos aplicarán al caso concreto leyes prácticamente obsoletas para resolver con eficiencia el caso que se les presenta. Ya no se diga de las disposiciones en materia de determinación de daños y perjuicios, que hoy resultan francamente irrisorias. Conforme a la remisión que hace el CCDF a la Ley Federal del Trabajo, una vida humana cuesta alrededor de cinco mil dólares. Esto tiene que ver con la necesidad de modernizar las leyes mexicanas en este sector tan importante en la vida nacional, pero al mismo tiempo, fundamentalmente para un país como México, que tanto se beneficia en la actualidad de sus exportaciones. Se trata de una cuestión de responsabilidad, ¿Qué confianza se puede tener en los productos fabricados en México, si cuando un productor causa un daño solo se puede recurrir a un sistema jurídico obsoleto como lo es el mexicano en esta cuestión?

c) *Respecto de sucursales, agencias o filiales de sociedades civiles o mercantiles de carácter privado, que las actividades que originaron las respectivas demandas se hayan realizado en el territorio del país donde se pronunció la sentencia. Debido a que el concepto genérico de* ***actividades*** *no es preciso, quedará a juicio del juez que declare la competencia determinar cuando existieron dichas actividades. En este caso y conforme al ejemplo que nos planteamos en el párrafo anterior, la víctima de un producto mexicano que le causó daño en el extranjero podría demandar a la empresa mexicana ante donde la víctima sufrió el daño. El término agencia es amplio en el derecho mexicano y el juez podría darle esa interpretación.*

2. En materia de foros renunciables existen dos criterios:

a) *Que el demandado haya aceptado por escrito la competencia del órgano jurisdiccional que pronunció la sentencia.*

b) *Que, aun cuando el demandado haya comparecido en el juicio, no haya cuestionado oportunamente la competencia de dicho órgano*.

Se trata del *primer caso* de un contrato en el que una de las partes aceptó la competencia de un tribunal extranjero o someter sus diferencias mediante cláusula arbitral. En ambos *casos hay una prórroga de jurisdicción.*

En el *segundo caso*, el demandado compareció ante un juez extranjero, pero no impugnó su competencia, lo que implica que aceptó dicha jurisdicción, y aun cuando impugnara en México la sentencia del juez extranjero, no es una impugnación válida para ser considerada por los tribunales mexicanos. Sin embargo, siempre en estas

impugnaciones hay cuestiones que afectan los derechos del condenado y que los jueces mexicanos pueden tomar en cuenta eventualmente respecto de dicha impugnación.

3. *Respecto de bienes o acciones reales sobre bienes inmuebles, que estos hubieran encontrado situados en el territorio del país en el momento de entablarse la demanda.*

4. *En el caso de acciones derivadas de contratos mercantiles internacionales, si las partes hubieran acordado por escrito someterse a la jurisdicción del país que pronunció la sentencia, existen* ***dos*** *limitaciones: que dicha competencia no haya sido establecida en forma abusiva y que exista una conexión razonable con el objeto de la controversia; con ello se evita que una o ambas partes en el contrato se beneficien con la designación de una jurisdicción que en nada se vincula con su relación jurídica.*

5. *Cuando, a criterio del órgano jurisdiccional del país donde deba sufrir efectos la sentencia, el órgano que la dictó asuma competencia para evitar la denegación de justicia, por no existir órgano jurisdiccional competente*.

6. *En el caso de una sentencia pronunciada para decidir una contrademanda, existen dos criterios: si se considerara la contrademanda como una acción independiente, cuando se hubiera cumplido con los criterios aplicables mencionados, y si la demanda principal hubiera cumplido con los criterios citados y la contrademanda se fundamentó en el acto o hecho en que se baso la demanda principal.*

7. *Puede negarse la eficacia de la sentencia si al dictarse esta se invade la competencia exclusiva del Estado ante la cual se invoca. Se trata de un concepto excepcional y debidamente probado, a fin de que se alegue competencia exclusiva medio para no reconocer competencia de tribunales o jueces extranjeros. En México, este sería el caso de la competencia exclusiva que tienen los tribunales mexicanos para conocer de bienes inmuebles ubicados en nuestro país (art. 568, CFPC).*

Es *requisito indispensable que las sentencias extranjeras, además de tener carácter de cosa juzgada, no sean susceptibles de reconocimiento o ejecución en el territorio del país donde se pronunciaron*. Este principio, que es claro y que atiende la *seguridad jurídica,* puede excepcionalmente enfrentar problemas; tal es el caso de algunos estados de la Unión Americana, como Arizona, donde hay

sentencias en materia de derechos personales que pueden ser impugnadas en cualquier momento y no hay plazo para que se consideren cosa juzgada, lo que equivaldría a no poder reconocer esta sentencia por la característica aludida. Sin embargo, en un caso extraordinario como este, el juez mexicano tomaría en cuenta el plazo más amplio en su sistema para que una sentencia cause efectos de cosa juzgada y la aplicaría en este caso.

8. *El reconocimiento y la ejecución de sentencias nos sitúa, a la vez, en el segundo de los momentos que se habían planteado al inicio de este capítulo: la competencia indirecta.*

9.3 Competencia indirecta.

Se ha visto que la competencia directa es el ejercicio de la jurisdicción, por el juez, en el momento de aplicar la norma general al caso concreto. Ahora bien, *por competencia indirecta* se *entiende el ejercicio de la jurisdicción, por el juez o el tribunal, para llevar a cabo el reconocimiento de la validez jurídica y, en su caso, dictar el auto de ejecución a una sentencia emitida por juez diferente*, Este reconocimiento se presenta en dos niveles: *nacional e internacional*.

Competencia indirecta nacional.

En el ámbito nacional existen reglas generales y específicas, las cuales regulan los problemas que suele presentar este tipo de reconocimiento. Constitucionalmente hay normas que determinan los principios generales a que las legislaciones estatales deben atenerse y, en el caso de dichas legislaciones, cada una de ellas establece las regulaciones específicas para llevar a cabo ese reconocimiento. El art. 121, fracc. III, constitucional establece:

> *Las sentencias pronunciadas por los tribunales de una entidad federativa sobre derechos reales o bienes inmuebles ubicados en otra entidad federativa, sólo tendrán fuerza ejecutoria en ésta, cuando así lo dispongan sus propias leyes.*
>
> *Las sentencias sobre derechos personales sólo serán ejecutadas en otra entidad federativa, cuando la persona condenada se haya sometido expresamente o por razón de domicilio, a la justicia que las pronunció, y siempre que haya sido citada personalmente para ocurrir al juicio.*

Como vemos, se trata de principios que ya hemos estudiado y que en este caso se plantean en un orden diferente: *el estatuto real y el estatuto personal*. Por lo que respecta *al estatuto real*, la disposición del párrafo 1 de la fracc, III muestra la concepción territorial que se tiene sobre los bienes inmuebles y que se refleja en el principio *lex rei sitae*; sin embargo, en un sistema federal como el mexicano, esta regla de competencia puede ocasionar situaciones complejas.

Vamos a suponer que cualquiera de los bancos hipotecarios del Distrito Federal celebra un contrato de este tipo. Se trata de un préstamo de cuatro millones de pesos, y como garantía se grava un predio ubicado en Chihuahua. En muchos contratos hipotecarios, es cláusula contractual y rutinaria establecer que, en caso de incumplimiento, interpretación, etc., el cual surja del contrato, ambas partes se someten a la jurisdicción de los tribunales del Distrito Federal. El deudor no paga en su oportunidad el préstamo y se le demanda en esta jurisdicción. El demandado no puede promover la incompetencia del tribunal, pues expresamente se sometió a la jurisdicción de los tribunales del Distrito Federal. La demanda prospera y finalmente se dicta la sentencia en la cual se condena al deudor hipotecario, que va a ejecutarse en los tribunales de Chihuahua por que en esta ciudad se haya ubicado el predio hipotecado. Si se aceptara en todo rigor la fracción III del artículo 121, quedaría momentáneamente al arbitrio de los tribunales de Chihuahua o no esa sentencia, lo cual va en contra del tráfico y la seguridad jurídica.

Este ejemplo muestra la proyección territorial del principio *ley rei sitae* y expresa la necesaria competencia del juez de la ubicación de la cosa, que puede dar lugar a una falta de coordinación en el sistema jurídico.

El párrafo 3 del art. 121 se circunscribe al *estatuto personal* y establece requisitos **(que hubiere sometimiento expreso o por razón del domicilio**) resultan reiterativos, pues, como afirma José Luis Siqueiros, "*no se hace sino repetir una garantía individual ya otorgada en el capítulo 1 de la Constitución Política y adaptada con mala técnica a la parte correspondiente del artículo 121*".

En lo referente a las reglas específicas para el reconocimiento y la ejecución de sentencias que norman el procedimiento, las procedentes de entidades federativas o del extranjero, se estudiarán las relativas al CPCDF, que es el sistema adoptado por casi todos los códigos de procedimientos civiles de la República. Básicamente, se trata de analizar el capítulo V, sección cuarta, título séptimo del CPCDF, en donde se dice:

Artículo 599.- *El juez ejecutor que reciba exhorto con las inserciones necesarias, conforme a derecho para la ejecución de una sentencia u otra resolución*

judicial, cumplirá con lo que disponga el juez requirente siempre que lo que haya de ejecutarse no fuere contrario a las leyes del Distrito Federal.

Se trata de una disposición mediante la cual se señala de manera general el principio de que la petición del juez requirente, por medio de un exhorto, debe ir acompañada de la sentencia y de acuerdo con las formalidades establecidas por la ley. El cumplimiento de la petición se condiciona a que no sea contraria a las disposiciones de *orden público*, como lo indica el artículo siguiente:

Artículo 600.- *Los jueces ejecutores no podrán oír ni conocer de excepciones, cuando fueren opuestas por alguna de las partes que litigan ante el juez requirente, salvo el caso de competencia legalmente interpuesta por alguno de los interesados.*

Esta disposición revela la independencia de la acción del reconocimiento, y de la ejecución, respecto del proceso que dio como resultado la sentencia. Este aspecto es *muy importante porque debe permanecer el contenido de la sentencia, el fondo de la misma, y el juez, ha de limitarse a constatar que el juez exhortante asumió efectivamente competencia; que el exhorto, junto con la sentencia que le envía, cumplen con los requisitos de forma previstos por la ley mexicana y que en la sentencia no se viola ninguna disposición de orden público, como podrían ser entre otras que se haya respetado el derecho de audiencia del demandado, que la sentencia no sea aún obligatoria o haya sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, conforme a su ley, ha sido dictada la sentencia,* y otros aspectos que veremos.

Asimismo, cabe aclarar que el art. 600, en tanto norma de tipo general, sólo se refiere a una parte del problema, que es el de la ejecución, pues existen sentencias susceptibles de ser reconocidas y sin ejecución aparejada. Este es el caso de sentencias que se limitan a crear estados jurídicos nuevos o simplemente a reconocer determinados derechos, por ejemplo, *sentencias relativas al estado y capacidad de las personas, como es el caso de reconocimientos de divorcios, adopciones,* etc.**)**

El artículo. 601 *se refiere a la no procedencia de la ejecución de la sentencia cuando algún tercero que poseyere en nombre propio la cosa sobre la cual recae la ejecución no hubiere sido oído por el juez requirente. Este es un caso de violación al derecho de audiencia que puede ser causa del rechazo de la sentencia extranjera por parte del juez mexicano. Se trata de adoptar una norma procesal extranjera en su funcionalidad, por ejemplo, el objetivo de la notificación es dar a conocer al demandado o alguna de las partes de una demanda que tiene la persona en un tribunal extranjero de manera fehaciente, como puede ser a través de las empresas de notificación que existen en los Estados Unidos, o la notificación a través del Sheriff, que es el policía de la ciudad.*

El concepto de violación al derecho de audiencia requiere algunos matices. Puede tratarse de que la persona no haya sido citada a comparecer a juicio, en cuyo caso abra una violación fragrante a su derecho de *audiencia*. Sin embargo, tal violación no es tan evidente. Veamos algunos *ejemplos: una persona residente o domiciliada en México es emplazada por un tribunal extranjero por medio de correo, práctica común en varios tribunales estadounidenses*. Una notificación de esta *naturaleza no es aceptable en México, ya que el emplazamiento a juicio debe cumplir con determinadas formalidades*. La persona es emplazada a través de *un corredor o notario público* que dé fe de ese hecho. En mi opinión, el juez mexicano debería considerar valida esa notificación, ya que cumple con las formalidades básicas previstas en el sistema jurídico mexicano.

También puede suceder que el demandado comparezca ante el juez extranjero y no impugne su competencia. En este caso dicha competencia habrá sido admitida por el demandado y, por tanto, la sentencia del juez extranjero será válida y ejecutable en México, al menos por lo que a este aspecto se refiere. En cambio, si el demandado impugnó la competencia del juez extranjero y este no admitió la impugnación, ya no será un problema de violación al derecho de audiencia, aunque de cualquier manera el juez mexicano tendrá que analizar dicha impugnación y pronunciarse al respecto. Si este considera que la impugnación fue valida y no reconocida por el juez extranjero, podría no reconocer la sentencia extranjera por incompetencia del mismo juez extranjero. Evidentemente este último ejemplo se puede convertir en un caso más complejo y en algunos aspectos es discutible, por ejemplo: si la impugnación de la competencia del juez extranjero es una cuestión procesal de este, podrá haberla interpretado de tal manera que el juez mexicano no tenga posibilidades de calificarla, ya que el juez extranjero está aplicando su ley de procedimientos y solo él es competente para interpretarla. Pero si se trata de alguna otra consideración de tipo personal del demandado, escasez de recursos para ser representado o algún tipo de discriminación debidamente comprobada, entonces el juez mexicano habrá de pronunciarse al respecto y rechazar la sentencia.

Artículo 602.- *Los jueces requeridos no ejecutarán las sentencias, más que cuando reunieren las siguientes condiciones:*

I. *Que versen sobre cantidad líquida o cosa determinada individualmente;*

II. *Que si trataren de derechos reales sobre inmuebles o de bienes inmuebles ubicados en el Distrito Federal fueren conformes a las leyes del lugar*.

La fracc. I no ofrece en principio ningún problema; sin embargo, en la práctica la liquidación del monto de la sentencia puede presentar algunas dificultades. Pensemos, por ejemplo, en lo siguiente *¿cuál es la fecha que se debe considerar para hacer la determinación del monto: la fecha en que se dictó la sentencia o la fecha de su ejecución*? Nuestros códigos de procedimientos no son explícitos al respecto. En la

práctica, se toma como fecha la de la emisión de la sentencia y, por tanto, habrá que calcular los intereses hasta la fecha de pago. Pero esta no es una norma completa por que hay obligaciones a plazo que se debieron cumplir antes de la fecha de la sentencia; si este es el caso, aquellas corren a partir de la fecha en que fueron exigibles.

En fin, hay una serie de cuestiones que deben analizarse caso por caso, pero además si se trata de una sentencia dictada en el extranjero, en moneda extranjera, su liquidación implica a su vez otras cuestiones: ¿en qué fecha debe hacerse la conversión de la moneda extranjera para efectos de la liquidación de las cantidades? Conforme a la ley monetaria (art. 8°), *las obligaciones contraídas en moneda extranjera se liberan en pesos mexicanos cuando se paga en pesos mexicanos en la fecha que deben ser cumplidas, al tipo de cambio que rija en la fecha de pago*. Sin embargo, la aplicación de esta regla puede ser perjudicial para una de las partes: ¿no sería mejor liquidar la sentencia en pesos y cobrar las obligaciones a la tasa de interés legal de 6%. Para la demandada, podría significar el riesgo de tener una deuda en moneda extranjera si acaso sobreviene una devaluación del peso mexicano.

Estas son, entre otras cuestiones, las que se deben tener en cuenta respecto de la fracc. I del art. 602 que se comentó. Por su parte la fracc. II provoca entre otras, *dos posibles interpretaciones*: *en una interpretación restringida podría decirse que el aspecto formal de la sentencia deberá estar conforme a las leyes del lugar, es decir, si los bienes inmuebles se encuentran en el Distrito Federal, deberá cumplir con las formalidades establecidas por las leyes de ese lugar*. En una interpretación más amplía, el legislador dejo implícito que la aplicación del derecho conforme al cual se sentenció haya sido el *derecho sustantivo del lugar de ubicación de los bienes inmuebles*, según el principio *ley rei* sitae, es decir, si se trata de un bien inmueble ubicado en el Distrito Federal, que las leyes de ese lugar hayan sido las aplicables tanto a *la forma como al fondo* y que el juez requirente conforme a ellas haya dictado su sentencia.

Sin embargo, existe, como ya vimos en materia de competencia, competencia exclusiva de los tribunales mexicanos sobre derechos reales de bienes ubicados en México, por lo que esta disposición es de alcance restringido, como en el caso que ya hemos comentado en el que un juez extranjero quede asignar a los herederos bienes ubicados en México. Pero ahí, el carácter excepcional tiene su origen en reglas internacionales—en este caso, la de la reciprocidad—que deben ser respetadas, pues de lo contrario, sucesiones acordadas en México pueden no ser reconocidas en el extranjero. Un ejemplo de esto.

> *Un juez extranjero estatuyó sobre bienes inmuebles ubicados en el territorio nacional y, en caso de que este haya aplicado la ley mexicana, su sentencia debe ser reconocida por los jueces del Distrito Federal. ¿Cuán*

> *cierto es que un juez extranjero puede disponer de bienes inmuebles ubicados en México? Hay tres argumentos que nos explican que el limite a ese juez extranjero es ciertamente acotado:* ***el art. 121 constitucional, que es básicamente territorialista. El art. 568 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que ya hemos visto, dispone que en materia de inmuebles en México los jueces mexicanos tienen competencia exclusiva.*** *La razón consiste en que el juez extranjero no tiene jurisdicción sobre el Registro Público de la Propiedad en donde el inmueble está inscrito y en donde, además, se llevan a cabo las transmisiones de propiedad y de gravámenes. De ahí que esa potestad es relativa. Pensemos en el caso ya mencionado de un juez extranjero que decide a que herederos se les debe asignar determinados inmuebles de la herencia, ubicados en territorio mexicano; se tratará en todo caso de disposiciones sobre derechos reales que se otorgan excepcionalmente al juez extranjero sobre una base de reciprocidad internacional.*

Por su parte el artículo 602 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece:

> **III**.- *Sí tratándose de derechos personales o del estado civil, la persona se sometió expresamente, o por razones del domicilio, a la justicia que la pronunció, y*
> **IV.**- *Siempre que la parte condenada haya sido emplazada personalmente para ocurrir al juicio.*

Se trata de casos, como la disposición lo indica, que atañen directamente a la persona, por tanto, debe haber un principio básico de jurisdicción, que la persona interesada haya impulsado o que haya aceptado someterse. Son dos reglas diferentes: **una,** la *autonomía de la voluntad*, por medio de la cual la persona se somete a la competencia del Juez, y **otra**, el domicilio como punto de conexión para vincular la competencia del Juez.

El concepto *personalmente* implica que se cumplan los requisitos formales que establecen los códigos de procedimientos civiles para que un emplazamiento se considere valido.

Se trata nuevamente de la reiteración de la garantía constitucional otorgada en el capítulo I de la *Carta Magna* y establecida en el párrafo 2 de la fracc. III del art. 121 constitucional. Al inicio de este capítulo nos referimos al concepto de la notificación personal y mencionamos algunas cuestiones sobre el particular.

Artículo. 603 *El juez que reciba despacho u orden de su superior para ejecutar cualquier diligencia es mero ejecutor y en consecuencia no dará curso a ninguna excepción que opongan los interesados, y se tomará simplemente razón de sus respuestas en el expediente, antes de devolverlo*.

Esta disposición confirma la idea de que la ejecución en si es una acción independiente y que, salvo violación de *garantías constitucionales*, el juez encargado de su ejecución no podrá conocer de los actos o hechos que la motivaron; de lo contrario, significaría abrir nuevamente un juicio que ya terminó. Por otro lado, vale comentar que en esta disposición se trata de *dos supuestos*: *el que el superior ordene al inferior* la ejecución de una sentencia y que esto deberá darse dentro de un sistema judicial (*local o federal*) en donde exista un vínculo de jerarquía, pero en la práctica el exhorto al juez del Distrito Federal llega por intermedio del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, quien le ordena a ese juez desahogar la diligencia. El efecto es el mismo.

Competencia indirecta internacional.

A partir de la base general establecida por las disposiciones citadas en la sección anterior, analizaremos el reconocimiento y la validez de las sentencias extranjeras; para ese efecto es conveniente enfocar el análisis de la sentencia en tres apartados:

1.- *Carácter probatorio.*
2.- *Ser considerada cosa juzgada.*
3.- En cuanto a sus efectos ejecutorios.

De acuerdo con Becerra Bautista *la sentencia es la resolución jurisdiccional que dirime, con fuerza vinculatoria, una controversia entre las partes y establece una serie de hechos en los que se funda la parte resolutiva*. De esta manera, resulta conveniente saber si esos hechos pueden tenerse, de algún modo, como prueba, es decir determinar su valor probatorio.

Conforme al derecho positivo mexicano se consideran documentos públicos y, por tanto, con carácter probatorio, las actuaciones judiciales de toda especie así, como los documentos expedidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones (*arts. 327, fracc. VIII, CPCDF, y 129, CFPC*). Por cuanto los documentos públicos extranjeros, requieren legalizarse ante las *autoridades diplomáticas y consulares* correspondientes, (*art. 546 CFPC*). De este modo, las sentencias extranjeras pueden considerarse documentos públicos y al ser legalizados tener fuerza probatoria (Ovalle), o bien, apostillarse conforme a la Convención de la Haya.

El derecho positivo mexicano no es expresó en el tratamiento de sentencias extranjeras para considerarlas cosa juzgada. De conformidad con el CPCDF, "*hay cosa juzgada cuando la sentencia causa ejecutoria" (art. 426*), es decir, cuando ya no es jurídicamente impugnable. *Esta ejecutoriedad puede ser por ministerio de ley (art. 426) o por declaración judicial (art. 427).* A su vez él CFPC establece que la "*cosa juzgada es la verdad legal y contra ella no se admite recurso ni prueba de ninguna clase, salvo los casos expresamente determinados por la ley*" (art. 354). Conforme a este ordenamiento hay cosa juzgada cuando la sentencia ha causado ejecutoria (art. 355), es decir cuando ya no es susceptible de impugnación.

Ahora bien, en el caso de la sentencia extranjera, la legislación mexicana guarda silencio. Sin embargo, una serie de dicisiones del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal han establecido la tesis de que, para operar la cosa juzgada respecto de sentencias extranjeras, estas deben ser reconocidas por los tribunales mexicanos.

En cuanto al concepto del reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera, según Jaime Guasp opina:

> *El reconocimiento de una sentencia extranjera tiene por finalidad primordial permitir que actúe, como título de ejecución, en un proceso de esta clase (proceso de ejecución). Pero este significado principal no es, en modo alguno, el único; una sentencia extranjera puede perseguir finalidades, distintas de las puramente ejecutivas, por ejemplo, las de fuerza de cosa juzgada material que impida la apertura de un nuevo proceso sobre la misma materia en el país donde se recibe la sentencia. Por ello cabe hablar de proceso de reconocimiento y no de proceso de ejecución de Sentencias extranjeras; es más debe tenerse en cuenta que ni siquiera en la ejecución de sentencias extranjeras, el reconocimiento es un verdadero proceso de ejecución. El proceso especial va dirigido siempre a reconocer la decisión extranjera, pero no a ejecutarla, pues la ejecución de la sentencia reconocida se encuentra en el mismo caso de la sentencia nacional. La especialidad del ente procesal, llamado* ***ejecución de sentencias extranjeras****, está, por tanto, realmente calificado por la finalidad del reconocimiento, sean cuales sean los efectos ulteriores que con ese reconocimiento se produzcan.*

De lo anterior puede deducirse que el análisis se centra en el reconocimiento de la sentencia y, posteriormente, en el de su ejecución. Al examen del juez del foro sobre la sentencia extranjera se le denomina *proceso del exequatur*. Los requisitos que cada legislación establece para poder reconocer y, en su caso, otorgar efectos ejecutorios a una sentencia extranjera son distintos. En México, cada entidad federativa ha

establecido sus propias reglas en sus correspondientes códigos de procedientos civiles. La Suprema Corte de Justicia ha confirmado este proceder al afirmar que los Estados pueden legislar sobre esta materia.

El juez requerido tiene poderes limitados para reconocer una sentencia extranjera. En primer *lugar,* debe determinar si el juez que dictó la sentencia tenía competencia. En este sentido habrá de guiarse por los criterios establecidos en los arts. 564-566 del CFPC. Si la decisión es positiva, no debe entrar al fondo de la misma y tan sólo deberá pronunciarse sobre si el contenido de la sentencia es compatible con su orden público, si es congruente con sus políticas legislativas, aparte de constatar que se ha cumplido con las formalidades necesrias para que esa sentencia pueda ser reconocida.

Por otra parte, el procedimiento de reconocimiento no tiene relación con el proceso que dio como resultado la sentencia: *es un incidente y como tal el juez debe resolver mediante un procedimiento de una sola audiencia, donde tenga la oportunidad de escuchar las partes*. Se tratará En todo caso de un procedimiento que lo conduzca a otorgar el reconocimiento a la sentencia extranjera, si así lo requiere, a dictar un auto de ejecución de la sentencia. En la práctica el procedimiento de reconocimiento puede ser susceptible de impugnación e incluso de amparo, lo que puede prolongar el reconocimiento por bastante tiempo, uno o dos años.

Además del reconocimiento y la ejecución de sentencias, los jueces del foro tienen otro tipo de contactos con jueces extranjeros o, en el caso de una república federal como México, con jueces de otras entidades federativas, para resolver o ayudar a resolver sus actividades judiciales; por ejemplo, el juez extranjero solicita al juez del foro que notifique a una persona domiciliada en su jurisdicción, o que deshogue una prueba o interrogue a un testigo. A su vez, el juez del foro solicita al juez extranjero que recabe cierta información o que pida un documento, que emplace a un demandado, o bien, la petición es canalizada a través de la "*Autoridad Central",* si existe convenio internacional, etc. Toda esta actividad interjudicial en el ámbito estatal o internacional se denomina *cooperación judicial.*

9.4 Cooperación Judicial.

Debido al límite jurisdiccional de orden territorial que tienen jueces y tribunales, además del reconocimiento de sus sentencias fuera de su ámbito de competencia existe la ayuda judicial que se centra principalmente *en las notificaciones y emplazamientos y en la recepción de pruebas en el extranjero.*

Notificación *es un acto procesal mediante el cual se hace saber una resolución judicial o administrativa a la persona que se le conoce como interesado* a su *vez* ***emplazamiento*** *es el "acto procesal destinado a hacer saber al demandado la existencia de la demanda y la posibilidad que tiene de contestarla"*. (*De Pina).*

Aunque según, José Ovalle, el derecho positivo mexicano confunde las notificaciones con los emplazamientos, para los efectos que aquí interesan ambas figuras se engloban en el termino de *ayudas judiciales.*

Los arts. 309 del CFPC y 114 del CPCDF establecen los casos en que es necesaria la *notificación personal* y cuando está debe hacerse fuera del ámbito jurisdiccional del juez de la causa; a su vez, los arts. 327, párrafo 2, del CFPC y 134 del CPCDF disponen una fórmula *flexible* que permite al juez ampliar los términos correspondientes, según la lejanía y las facilidades con que se cuente. A este pedimento, efectuado generalmente por medio de un exhorto, se conoce en la mayoría de países latinoamericanos como *Carta rogatoria,* la cual se encuentra regulada por los arts. 549 y 551 del CFPC, De acuerdo con esta disposición, se establecen vías diferentes:

- *Convencional, cuando es tratado o convención internacional.*
- *Diplomática* o *consular, cuando se canaliza mediante la Secretaría de Relaciones Exteriores, y*
- *Vía judicial directa, cuando así se establece tanto en el derecho mexicano como en el extranjero.*

En el *primer caso,* hay convenciones que en su protocolo establecen el formato que debe seguirse para elaborar un exhorto, como es el caso de la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias, otros no, pero establecen los elementos básicos que un documento debe contener. La vía diplomática y consular se tramita por medio de la Dirección General de Asuntos Juridicos. Será un tramite oficial en el que el Poder Ejecutivo auxilia al Poder Judicial. La vía directa puede darse siempre y cuando el país de destino permita a sus jueces recibir un exhorto por conducto distinto a las vías tradicionales, como es el caso de Alemania.

México es parte de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, firmada en Panamá el 30 de enero de 1975. Dicha Convención, que se circunscribe a las materias *civil, y comercial* (art. 2), se refiere tanto a las *notificaciones y emplazamientos* como a la recepción y obtención de *pruebas e informes en el extranjero, (*art. 2, incisos *a y b);* establece mecanismos simplificados de transmisión (art. 4) y elimina procesos de legalización (arts. 5 y 6).

En el ámbito europeo y en la materia que nos ocupa existen otras Convenciones, como la que Suprime la Exigencia de la Legalización de Actos Públicos Extranjeros (La Haya, 5 de octubre de 1961). México es parte de esta Convención, así como de la Convención sobre *Emplazamiento y Notificación en el extranjero de Actos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil y Comercial (La Haya, 5 de noviembre de 1965) y de la Convención sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial (La Haya, 18 de marzo de 1979).*

Cooperación judicial nacional.

En el título séptimo, capítulo V, sección IV, del CPCDF se establecen los principios conforme a los cuales el juez del Distrito Federal debe proceder frente a alguna requisitoria que le envie un juez *exhortante*, la cual, en todo caso, no debe ser una requisitoria contraria *al orden público* al sistema jurídico del Distrito Federal (art. 599). Cabe hacer notar que en esta disposición el texto señala de forma genérica: *"El juez ejecutor que reciba un exhorto...cumplira con lo que disponga el juez requirente, siempre que lo que haya de ejecutarse no* fuere contrario a las leyes del Distrito Federal.

Se trata no de un concepto genérico, es decir, de una contrariedad genérica respecto de todas las leyes indiscriminadamente, sino de todas aquellas que por sus carácteristicas representan los valores e instituciones o una política legislativa determinada, en los que se basa la legislación del Distrito Federal. Considerese el ejemplo siguiente:

> *Un juez del del estado de Puebla pide a uno del Distrito Federal que el tutor entregue simultáneamente los bienes del incapacitado y la rendición de cuentas correspondientes, basado en el art, 767 del Código Civil de aquella entidad, el cual obliga al tutor a hacerlo a los 30 días de haber concluido la tutela.*
>
> *Sin embargo, la disposición análoga del Codigo Civil para el Distrito Federal (art. 608) establece que la rendición de cuentas, por estar pendiente, no suspende la entrega de los bienes. El tutor contesta que puede entregar los bienes, pero no las cuentas y, en consecuencia, alega que la ley poblana es contraria a la del Distrito Federal, por lo que la requisitoria del juez exhortante debe ser desatendida. Efectivamente, hay una contrariedad, pero es menor y no por ella el juez del Distrito Federal podrá desatender la petición del juez poblano, pues rompería con la necesaria continuidad de la vida jurídica interestatal y no atendería a la* justicia y seguridad jurídica.

Un caso totalmente distinto sería que ese mismo juez solicitara la *ejecución de una sentencia sobre los bienes de una persona que ni siquiera fue llamada a juicio.*

Otro principio para *el juez del Distrito Federal es que no podrá oír ni conocer excepciones respecto al fondo de la sentencia cuando fueran opuestas por alguna de las partes que litigan ante juez requirente* (art. 600). Se trata de que el juez requerido se limite a cumplir la petición del juez requirente y no dar cabida a una nueva *litis.* La única excepción que puede admitir el juez requerido y que lo será conforme a sus propias reglas de procedimiento, es la cuestión de su competencia.

Otros principios en que se debe basar el juez del Distrito Federal para obsequiar la petición del juez exhortante son los siguientes (arts. 601, 602, 605-607):

a) *Que las personas afectadas hayan sido llamadas a comparecer personalmente juicio y se haya respetado el derecho de audiencia. En un juicio en el extranjero o en un juicio arbitral es muy importante guardar todas las formalidades que requiere el derecho mexicano para evitar impugnaciones por defecto en la notificación violación del derecho de audiencia etcétera.*

b) *Que la sentencia verse sobre cantidad líquida o cosa determinada individualmente. Esta cuestión es importante. El juez puede condenar en moneda extranjera, pero necesita saber de cuál cantidad se trata para saber si es proporcional. Si la sentencia es en moneda extranjera se solventará en pesos mexicanos al día en que se haga el pago artículo (8°, Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos).*

c) *Que la requisitoria debe constar en un documento auténtico. Hemos mencionado las diversas formas de certificación de un documento extranjero: por vía diplomática ante el cónsul de México en el extranjero y con mayor facilidad a través de la apostilla establecida por la Convención de La Haya*.

d) *Que sí trataré de bienes inmuebles ubicados en el Distrito Federal se hubiera juzgado conforme a las leyes de este lugar en otras palabras que no necesariamente hayan juzgado jueces del Distrito Federal, sino que el juez exhortante haya aplicado leyes del Distrito Federal. Esta solución concuerda con la posibilidad queda el artículo 121, fracc. III constitucional, aunque a su vez, tal solución contradice el principio de competencia establecido en el CPCDF artículo 156 fracción III. En nuestra opinión la posibilidad de que un juez distinto del juez del Distrito Federal se pronuncie sobre estas cuestiones es aceptable siempre que se trate de un juez de otra entidad federativa y no de un juez extranjero. Sin embargo, como ya sé señaló conforme al artículo 121 constitucional quedará libre arbitrio del juez exhortado el admitir o no la sentencia.*

e) *Que sí sé trataré de derechos personales o del estado civil la persona condenada se sometió expresamente o por razón de su domicilio al juez requirente. El CFPC es más completo en este tema y define los criterios sobre los criterios sobre competencia que deberán seguirse*.

El artículo 564 establece: *"Será reconocida en México la competencia asumida por un tribunal extranjero para los efectos de la ejecución de sentencias,* cuando dicha competencia haya sido asumida por razones que resulten compatibles o análogas con el derecho nacional, salvo que se trate de asuntos de la competencia exclusiva de los tribunales mexicanos.

Como se puede observarse, la competencia debe ser *"análoga"* a la que asumen los tribunales mexicanos. Un caso extremo puede ser el "*Long Arm Statute*" de que hacen gala los tribunales estadounidenses mediante reglas de competencia internacional exorbitante, como las que señalamos respecto de la *Ley Helms-Burton.* Estas últimas serán reglas de competencia inadmisibles para el sistema jurídico mexicano, por ser contrarias a su ***orden público.***

Cooperación Judicial Internacional.

Las reglas establecidas en el CPCDF referentes a la cooperación procesal internacional son producto de la reforma legislativa de 1988, ya comentada. *En el caso de este ordenamiento, las reglas se circunscriben fundamentalmente al reconocimiento y la ejecución de sentencias, laudos y otras resoluciones extranjeras*. Sin embargo, antes de abordar estas disposiciones veremos otro producto de la misma reforma, en el caso del CPCDF.

Código de Procedimientos Civiles Para El Distrito Federal.

El juez tiene las reglas de competencia internas que hemos estudiado conforme a las cuales se declarará competente o no para conocer de determinado asunto. En caso de que se declare competente y el asunto que se le presente contenga elementos extranjeros, ya hemos analizado los métodos más usuales para resolver problemas derivados del tráfico jurídico internacional, incluidos los diferentes pasos que debe seguir para conocer y aplicar el derecho extranjero.

A riesgo de repetir algunos conceptos expuestos en el ámbito de la aplicación del derecho extranjero, ahora que se alude al procedimiento propiamente dicho se hará referencia a las disposiciones procesales introducidas con la citada reforma del 7 de enero de 1988 al CPCDF, relacionadas con el tema que nos ocupa.

Artículo 40. *No procede la excepción de conexidad: …*

II. *Cuando los juzgados que conozcan respectivamente de los juicios pertenezcan a tribunales de alzada diferentes; y*

III. *Cuando se trate de un proceso que se ventile en el extranjero.*

Como se recordará, la excepción de conexidad es una petición formulada por la parte demandada para que el juicio promovido por el actor se acumule a otro juicio—diverso de aquel, pero conexo—iniciado antes, con el objeto de que ambos juicios sean resueltos en una sola sentencia. En la fracc. III del art. 40 antes citado se trata de evitar que la excepción de conexidad sea interpuesta para que, con base en un juicio iniciado previamente en el extranjero, el juez mexicano tuviese que declinar su competencia. El principio es correcto; sin embargo, esta hipótesis ya estaba prevista en la fracc. II del mismo articulo, ya que es evidente que cuando un proceso se ventila en el extranjero, el juzgado que está conociendo del mismo necesariamente pertenece a un diverso tribunal de apelación. En nuestra opinión, el legislador lo estableció en forma expresa para que no quedara la duda, ya que se podría argüir que un tribunal de alzada diferente se refiere a un mismo sistema judicial y no a otro distinto de un país extranjero. Nótese como la disposición también señala que por el hecho de tratarse de un procedimiento que "*se ventile en el extranjero"*, pertenece a una jurisdicción diferente y por eso no existe conexidad.

Articulo 108 (C. P. C. D. F.) *Las diligencias judiciales que deban practicarse en el extranjero, se cursarán en la forma que establezca el Código Federal de Procedimientos Civiles y los tratados y convenios internacionales de que los Estados Unidos Mexicanos sean parte.*

Si el demandado fuera extranjero, las copias de la demanda y de los documentos irán redactadas en español, con su respectiva traducción a la lengua del país extranjero, a costa del interesado, quien deberá presentarla en el término que fije el tribunal, y de no hacerlo, dejará de emitirse el exhorto en perjuicio del solicitante.

Estas mismas reglas se observarán para dar cumplimiento en el Distrito Federal a los exhortos de tribunales extranjeros por los que se requiera la práctica de alguna diligencia judicial.

Lo que indica esta disposición es que la materia de exhortos del extranjero es federal y por tanto, debe seguir la regulación del CFPC, con la excepción de lo dispuesto en los tratados, por ser estos norma superior al CFPC y, por consiguiente, deben prevalecer.

Articulo 193, *El juicio podrá preparse: …*

IX. *Pidiendo el examen de testigos u otras declaraciones que se requieran en un proceso extranjero.*

Esto quiere decir que, si bien con anterioridad era posible llevar a cabo este tipo de audiencias, ahora la facultad es expresa y, lo que es más importante, se define la posibilidad de presentar un expediente que sea resultado de un proceso en el extranjero, ya que esas actuaciones podrán tener validez en México. Es importante señalar que el artículo que se examina establece que las declaraciones de testigos que fueron realizadas conforme a la ley procesal extranjera tendrán plenos efectos en México, Cabe aquí un comentario: partiendo de la idea de que las normas procesales son consideradas de *orden público* y recordando las normas de *aplicación inmediata o normas imperativas,* vimos que en casos extraordinarios estos pueden llegar a tener efectos extraterritoriales. El siguiente es precisamente un ejemplo del efecto de ese tipo de reglas.

> **Artículo 284 bis (C.P.C.D.F.).** *El tribunal aplicará el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar la existencia y contenido del derecho.*
>
> *Para informarse del texto, vigencia, sentido y alcance legal del derecho extranjero, el tribunal podrá valerse de informes al respecto, pudiendo solicitarlos al Servicio Exterior Mexicano, o bien ordenar o admitir las diligencias probatorias que considere necesarias o que ofrezcan las partes*.

En el caso de esta disposición, cuyo contenido se comentó en líneas anteriores, se establece una amplia gama de opciones para el juez a fin de que resuelva acerca de la información del *texto, vigencia, sentido y alcance legal del derecho extranjero*. Aunque ya se señaló, conviene insistir: en el Distrito Federal se encuentra el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, con un acervo completo de legislación extranjera; por tanto, esta institución puede ser de valiosa ayuda para el juez. Otra opción complementaria es recurrir a un experto en derecho comparado para que proporcione la información requerida, o bien, directamente a la consultoría jurídica de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Relaciones Exteriores, para que esta, a su vez, solicite la información correspondiente ante alguna legación diplomática o consulado mexicano en el extranjero.

> **Artículo 337 bis(C.P.C.D.F.).** *La obligación de exhibir documentos o copias en procesos que se sigan en el extranjero no comprenderá la de*

exhibir documentos o copias de documentos identificados por características genéricas.

En ningún caso podrá un tribunal nacional ordenar ni llevar a cabo la inspección de archivos que no sean del acceso público, salvo los casos permitidos por las leyes nacionales.

Como se advierte, se trata de una disposición que tiende a facilitar, de manera precisa, la exhibición de información solicitada del extranjero, lo que significa un limite al proceso estadounidense que se conoce como el D*iscovery,* que consiste en que las partes pueden tener acceso a los archivos de sus contrarios sin precisar los documentos que se buscan.

Nuevamente en el párrafo 2 se insiste en la prohibición de acceso de archivos que no sean de acceso público porque, la orden, en todo caso, debe referirse a tal o cual documento permitir un acceso a todos los archivos. La disposición señala que podrá haber excepciones a este principio.

Artículo 362 bis (C.P.C.D.F.). *Cuando se solicitare el desahogo de prueba testimonial o de declaración de parte para surtir efecto en un proceso extranjero, los declarantes podrán ser interrogados verbal y directamente en los términos del artículo 360 de este Código.*

Para ello, será necesario que se acredite ante el tribunal del desahogo que los hechos materia del interrogatorio están relacionados con el proceso pendiente y que medie solicitud de parte o de autoridad exhortante.

Aunque tal disposición repite lo establecido por el art. 360, se trata de hacer énfasis en que el mismo sistema de desahogo de este tipo de prueba también debe ser concedido, al caso de procesos en el extranjero, y en el párrafo 2 se agrega el requisito de solicitud de la autoridad exhortante.

Finalmente, en el caso del art. 893, que se refiere a la jurisdicción voluntaria, la reforma adicionó un párrafo en los términos siguientes: "*A solicitud de parte legítima podrán practicarse en esta vía las notificaciones o emplazamientos necesarios en procesos extranjeros*."

Lo anterior tiene como fin no limitar la vía entre jueces, sino tener la posibilidad de que la parte legítima emprenda acciones de este tipo para facilitar y agilizar su proceso en el extranjero, tales como la *notificación o el emplazamiento por vía de notario público.*

En el art. 604 se reconoce la resolución extranjera y solo se le condiciona a un proceso de exequátur cuando implique ejecución *coactiva sobre personas, bienes o derechos;* es decir, se otorga la máxima flexibilidad al juez del Distrito Federal para que reconozca la resolución extranjera y solo se le condiciona en casos de ejecución. Sin embargo, cuando se trate de formalidades, dicho juez podrá dispensarlas *si no son contrarias al orden público o a la garantía de las partes.*

En el mismo art. 604, fracc. lll, se establece otra modalidad acorde con las necesidades internacionales en esta materia. Cualquier persona, legitimada debidamente, puede iniciar ante jueces del Distrito Federal acciones de jurisdicción voluntaria o de diligencias preparatorias con el propósito de realizar actos de notificación, de emplazamiento o de recepción de pruebas, para utilizarlos en procesos en el extranjero.

De acuerdo con la reforma, el juez del Distrito Federal solo estará condicionado cuando deba dar fuerza ejecutoria a sentencias, laudos y resoluciones dictados en el extranjero; sin embargo, hay otros autos que también requieren el proceso de exequátur correspondiente, para lo cual el juez deberá tener en cuenta las condiciones siguientes de acuerdo con el artículo. 571 del CFPC:

I. Que se hayan satisfecho las formalidades previstas en este Código en materia de los exhortos provenientes del extranjero;
II. Que no hayan sido dictadas a consecuencia de una acción real;

Lo anterior implica que la jurisdicción en la materia solo puede ser de jueces mexicanos respecto de bienes ubicados en el Distrito Federal. Anteriormente se señaló que cualquier juez de la República puede decidir sobre acciones reales de bienes ubicados en el Distrito Federal, siempre que aplique las leyes del CCDF, pero no en el caso de jueces extranjeros, y también se mencionó que el reconocimiento de la sentencia de un juez del interior de la República sobre bienes inmuebles en el Distrito Federal queda al libre albedrío del juez del Distrito Federal, aceptarla o no.

III. *Que el juez o tribunal sentenciador haya tenido competencia para conocer y juzgar del asunto de acuerdo con las reglas reconocidas en la esfera internacional que sean compatibles con las adoptadas por este Código*.

O sea, el juez del Distrito Federal deberá decidir acerca de la competencia del juez extranjero conforme a dos criterios complementarios:

- *El de las reglas de competencia reconocidas internacionalmente, y*
- *Con la limitación de que sean compatibles con las reglas correspondientes del CPCDF o del CFPC.*

Estos dos ordenamientos contienen reglas básicas modernas y aceptadas internacionalmente, por lo que la referencia del juez a ellas será suficiente. En resumen, se trata de evitar que el juez extranjero asuma una competencia abusiva o exorbitante.

> ***IV.*** *Que el demandado haya sido notificado o emplazado en forma personal a efecto de asegurarle la garantía de audiencia y el ejercicio de sus defensas;*

La insistencia en que se emplace en forma personal tiene el propósito de descartar otra forma de emplazamiento que ya mencionamos en diversos sistemas jurídicos; por ejemplo, *el anglosajón permite el emplazamiento por correo o la notificación por otros medios que no conllevan fe pública* y, por tanto, no constituyen notificaciones fehacientes para el derecho mexicano.

> ***V.*** *Que tenga el carácter de cosa juzgada en el país que fueren dictados, o que no exista recurso ordinario en su contra;*
> ***VI.*** *Que la acción que les dio origen no sea materia de juicio que esté pendiente entre las mismas partes ante tribunales y en el cual hubiere prevenido el tribunal mexicano, o cuando menos que el exhorto o carta rogatoria para emplazar hubieren sido transmitidos y entregados a la Secretaría de Relaciones Exteriores o a las autoridades del Estado donde deba practicarse el emplazamiento. La misma regla se aplicará cuando se hubiera dictado sentencia definitiva;*
> ***VII.*** *Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido no sea contraria al orden público en México; y*
> ***VIII.*** *Que llenen los requisitos para ser considerados como auténticos.*

Finalmente, en el último párrafo del art. 571 del CFPC, se dispone: "*el tribunal podrá negar la ejecución si se probara que en el país de origen no se ejecutan sentencias o laudos extranjeros en casos análogos*". Se trata de un **principio de reciprocidad**, un principio de excepción, pues salvo casos excepcionales las sentencias de un país se aceptan en los demás.

Los arts. 607 y 608 del CPCDF se refieren a las formalidades que deben cumplir el exhorto y el procedimiento para dar vista personal al ejecutante y al ejecutado; sin embargo, conviene destacar que en el art. 608, fracc. I, se establece una regla interna de competencia, según la cual: "*El tribunal competente para ejecutar la sentencia, laudo o resolución jurisdiccional proveniente del extranjero, será el del domicilio del ejecutado*". Esto tiene relación directa con lo estudiado, cuando se dijo que, de manera

excepcional, el juez requerido solo podría aceptar la formulación de excepciones con motivo de su competencia (art. 600).

Código Federal de Procedimientos Civiles.

La reforma de 1988 adicionó al CFPC el Libro Cuarto, titulado “De la Cooperación Procesal Internacional”, integrado por cinco capítulos.

Disposiciones generales.

En el art. 544 se establece el principio según el cual, en materia de litigio internacional, las dependencias de la Federación y de las entidades federativas quedan sujetas a las reglas del CFPC. La razón es que dichas dependencias representan hacia el exterior al gobierno mexicano; por tanto, se busca una uniformidad en las actividades y respuestas que puedan dar en estas materias. Sin embargo, subsisten las disposiciones de leyes estatales en la materia como aplicables en lo no previsto por el CFPC.

En el art. 545 se establece que la diligenciación de los diversos actos previstos de mero trámite no implicará, para los tribunales mexicanos, reconocer la competencia del tribunal extranjero exhortante. La finalidad de esta disposición es facilitar la diligenciación de esos actos, evitando en todo momento asumir compromisos que puedan limitar a los tribunales posteriormente. Lo mismo sucede con la ejecución futura de sentencias dictadas por dicho tribunal extranjero.

El art. 546 dispone que, los documentos públicos transmitidos por conducto oficial no requerirán legalización. En el caso de México, el conducto oficial es la Secretaría de Relaciones Exteriores, mientras que en varios países centroamericanos y sudamericanos es el Ministerio de Justicia. En las convenciones Interamericanas, dichas entidades se mencionan como *Autoridad Central*. A partir de 1995 México es parte de la Convención de La Haya por la que se suprime el requisito de legalización de los documentos públicos extranjeros y en ella se designa a las autoridades que intervienen en la legalización de documentos mediante el procedimiento abreviado de "*apostilla"*.

La diligenciación de notificación a solicitud de la parte, prevista por el art. 547 y ya comentada al aludir a la disposición análoga del CPCDF se contempla en lo establecido por el art. 548; los miembros del Servicio Exterior Mexicano son coayuvantes de los tribunales del país en el deshogo de diligencias, sin necesidad de recurrir a los

tribunales extranjeros del lugar donde debe hacerse la diligenciación de dichos actos. Cuando se trate de diligencias que llevan aparejada ejecución o medidas de apremio, los miembros del Servicio Exterior encargados del del asunto no podrán ejecutarlos por si mismos y, por tanto, solicitarán a las autoridades jurisdiccionales del Estado anfitrión el deshogo de tales diligencias. Por otra parte, esta función está prevista en la Convención de Naciones Unidas sobre relaciones consulares (Art. 51, inciso j), pues se trata de un uso internacionalmente aceptado.

Exhortos o Cartas Rogatorias.

El sentido de los (arts. 549 a 556 C.F.P.C.) es facilitar al máximo la tramitación de los exhortos o cartas rogatorias. Como se observa en dichos preceptos, se ofrecen varias opciones que el interesado puede escoger en función de la mayor o menor facilidad, tiempo y costo. La única restricción existente en la transmisión de las cartas rogatorias o de los exhortos es que su contenido deberá estar traducido al español. Con ello se propicia que la tramitación de este tipo de instrumentos resulte más fácil y, sobre todo, más adecuada a las posibilidades de la parte interesada que lleve a cabo el trámite. Esta es la tendencia que animó a la Convención de Bruselas de 1968. "*El exequátur simplificado*" es "*una declaración que, constata la fuerza ejecutoria*" y que se encuentra en un certificado de origen de la decisión sin el examen de su naturaleza jurisdiccional.

Competencia en materia de actos procesales.

En el art. 559 establece una prohibición general para todas las dependencias de la Federación y de los estados, así como a los servidores públicos, de exhibir documentos o copias de documentos existentes en los archivos oficiales bajo su control. Se exceptúan los documentos de orden privado que permita la ley, pero siempre a petición del tribunal mexicano exhortado. Dada la flexibilidad contenida en la reforma, se debe delimitar este tipo de asuntos, pues en este caso exhibir o no cierto documento oficial será una decisión de tipo político más que juridico.

En el art. 560 se reconsidera el principio de que los miembros del servicio Exterior Mexicano serán coadyuvantes en la actividad judicial mexicana, específicamente en materia de recepción de pruebas dentro de los limites establecidos por los tratados y las leyes de los Estados receptores y conforme a la Convención de Naciones Unidas sobre relaciones consulares ya mencionada.

El art. 562 se refiere a la cuestión, ya comentada, de que la práctica de un acto procesal desahogado en México que deba surtir efectos en el extranjero puede llevarse a cabo

a petición de parte. En el caso específico, se trata del desahogo de una prueba testimonial, siempre basada en la regulación procesal del juez mexicano (*juez federal*), con aplicación de sus reglas para el desahogo de este tipo de pruebas. En otras palabras, *el principio fundamental siempre será la aplicación de su propia ley procesal (lex fori)*.

Competencia en materia de ejecución de sentencias.

En todos los ordenamientos procesales del país se prevé la regulación de la *competencia directa*; *en cambio, en materia de ejecución de sentencias no todos los códigos de procedimientos civiles estatales regulan la competencia indirecta o competencia internacional*. Los que se encuentran regulados en la legislación federal servirán de guía al juez local mexicano para saber cuándo un juez extranjero carece de competencia para pronunciarse sobre cierto caso (*cuando se trate de competencia exclusiva o reservada para los tribunales mexicanos*), o simplemente para evitar que ese juez extranjero ejerza competencia indebida o exorbitante. Por otro lado, esos principios generales servirán de guía al juez extranjero para saber si la asunción de su competencia llevará, al final del proceso, a la ejecución o no de su sentencia en México. evidentemente se trata también de una información muy importante para las partes en litigio. UNIDROIT.

Los principios centrales de la competencia en materia de ejecución de sentencias, son que el juez extranjero haya asumido dicha competencia conforme a los tres criterios siguientes:

1. *Con base en criterios o por razones compatibles o análogas con las previstas por el derecho mexicano (art. 564). El domicilio de la persona es compatible, el trust angloamericano es análogo al fideicomiso.*

2. *Si se tratará de criterios o razones distintas a las previstas en el inciso anterior a que la asunción de competencia se hubiere llevado a cabo para evitar la denegación de justicia (art. 565).*

3. *Cuando se haya designado por convenio de las partes antes del juicio, con los limites siguientes; qué no implique impedimento o denegación de justicia, o cuando la facultad de elección opere en beneficio de alguna parte o de todas*. *(arts. 566 y 567).* Como puede observarse, se trata de los impedimentos que están vinculados con la noción de *orden público.*

Son tres criterios muy importantes: el que el juez mexicano acepte razones compatibles o análogas previstas en su derecho lo obliga a hacer un examen de las instituciones

del derecho extranjero, con base en el derecho comparado. En el caso del segundo criterio la excepción es evidente, ya que no se trata de examinar la competencia del juez extranjero por ser un caso excepcional.

Finalmente, el *tercer criterio* comporta a su vez *dos reglas*: la permisión para, *en uso de la autonomía de la voluntad*, *prorrogar la competencia y designar un tercer juez*. Pero esta autonomía tiene límites: *impedimento.* Este concepto puede ser interpretado en el caso de que por razones económicas una parte pueda encontrarse impedida de comparecer ante cierto tribunal en el extranjero, a pesar de que así lo haya convenido, o que en el mismo sentido pueda significar una denegación de justicia. Asimismo, se prevé como límite cuando la facultad de elección de los tribunales competentes opere en beneficio exclusivo de una de las partes que, por lo general, es la más fuerte en el acuerdo.

El limite a la competencia por juez extranjero es la competencia exclusiva o reserva para los tribunales mexicanos. El art. 568 establece cinco supuestos, que versan sobre las materias siguientes:

I. *Tierras y aguas ubicadas en el territorio nacional, incluyendo el subsuelo, espacio aéreo, mar territorial y plataforma continental, ya sea que se trate de derechos derivados de concesiones de uso, exploración, explotación o aprovechamiento, o de arrendamientos de dichos bienes;*

II. *Recursos de la zona económica exclusiva o que se relacionen con cualquiera de los derechos de soberanías sobre dicha zona, en los términos de la Ley Federal del Mar;*

III. *Actos de autoridad o atinentes al régimen interno del Estado y de las dependencias de la Federación y de las entidades federativas;*

IV. *Régimen interno de las embajadas y consulados de México en el extranjero y sus actuaciones oficiales, y*

V. *En los casos en que lo dispongan así otras leyes.*

Como puede apreciarse, se trata de cuestiones vinculadas con *el territorio*, *el mar territorial, autoridades*, etc., que se representan en el concepto de la *soberanía;* por tanto, estas *normas de aplicación inmediata* derogan cualquier jurisdicción extranjera a favor de los tribunales mexicanos. Indudablemente, una fuerte tendencia de *territorialismo*. En la Unión Europea, con la citada Convención de Bruselas se inició un proceso que después de 30 años ha significado una disminución sensible de la soberanía de cada uno de los países de la Unión, en la medida en que se han modificado los paradigmas competenciales tradicionales y se han sustituido por criterios como el "*Foro delictual*", que *se presta para medidas preventivas*; *la competencia derogatoria a favor del consumidor y el uso del correo electrónico son indudablemente*

medidas prácticas que solucionan los problemas formalistas de antaño. La pérdida de soberanía en estos temas no ha afectado a los Estados de la Unión Europea en estos 30 años; sin embargo, ha habido confusiones con la aplicación de estos instrumentos, como es el caso de "*Bruselas*". Hay quienes opinan que esta transición ha provocado desunión.

Ejecución de sentencias.

En materia de ejecución de sentencias, nuestros tribunales han sido claros al diferenciar la ejecución de sentencias procedentes de otros estados del país y de sentencias extranjeras:

> *De un correcto análisis de los arts. 1347-A del Código de Comercio; 575 del Código Federal de Procedimientos Civiles; 608, fracción IV y del 604 al 607 del código adjetivo para el Distrito Federal, se obtiene que los procedimientos de* ***homologación y ejecución de sentencias extranjeras difieren de aquellos en que se pretenden ejecutar sentencias definitivas que emiten los tribunales nacionales, pues estas últimas tienen, por sí, fuerza de ejecución para que se haga efectiva la condena que en ellas se decrete, mientras que en las sentencias extranjeras pueden tener fuerza ejecutiva, siempre y cuando cumplan con los requisitos que establece el artículo 571 del ya citado Código Federal de Procedimientos Civiles****. Lo anterior implica que el órgano jurisdiccional correspondiente de este país, tiene la obligación de examinar si la sentencia extranjera de que se trate, satisface los requisitos legales para proceder a su ejecución dentro del territorio nacional.*

Los principios generales establecidos en este capítulo son los siguientes:

- ***a)*** *El reconocimiento y la eficacia de las resoluciones jurisdiccionales extranjeras y de los laudos arbitrales privados tendrán* ***como límite la no contrariedad con el orden público mexicano****. (art. 569)*
- **b)** *Se establece de manera expresa la posibilidad de reconocer y ejecutar sentencias arbitrales privadas, aunque dicha posibilidad ya existía en el derecho mexicano desde 1971, al ratificarse la* ***Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de Naciones Unidas*****.** (art. 569)
- ***c)*** *Respecto de resoluciones jurisdiccionales y laudos arbitrales que se pretenda utilizar como prueba ante tribunales mexicanos, solo se necesita que cubran los*

requisitos para considerarse auténticos (art. 569, párrafo 2). En nuestra opinión, ***todo lo relativo al reconocimiento y la ejecución de sentencias o laudos arbitrales extranjeros de carácter comercial internacional o nacional debe regularse por lo previsto en el Libro Quinto del Código de Comercio,*** *específicamente el Título Cuarto, arts. 1461 y siguientes.*

d) *Los efectos en territorio nacional de las sentencias o resoluciones jurisdiccionales serán regidos por lo dispuesto en el CCF, en el CFPC y en las demás leyes aplicables (art. 569, párrafo 3). Esta disposición, que a primera vista parece exorbitante, pues invade la competencia legislativa estatal, pretende establecer criterios generales que tengan en cuenta los jueces de toda la República, sin descartar la aplicación de las leyes locales (art. 569, párrafo 3). En ciertas ocasiones, las leyes federales suelen servir de Leyes Modelo por la referencia, pero sobre todo porque algunas legislaciones locales introducen en su sistema nuevas instituciones previstas en la legislación federal.*

e) *Cuando las resoluciones jurisdiccionales o los laudos traigan aparejada ejecución coactiva, requerirán homologación o exequátur, que es "un* medio de comunicación entre los juzgadores". *El juez competente será el del domicilio del ejecutado (arts. 570 y 573).*

f) *Se aplican los principios tradicionales en cuanto al incidente de homologación, que no entra* ***al fondo en materia de embargo, secuestro y distribución de fondos resultantes de remate*** *(arts. 574, 575 y 576). El incidente previsto en el CFPC es el que regula en su art. 574. Se trata de un incidente de homologación.*

> **Articulo 574.** *El* ***i****ncidente de homologación de sentencia, laudo o resolución extranjera se abrirá con citación personal al ejecutante y al ejecutado, a quienes se concederá término individual* **de nueve días hábiles** *para exponer defensas y para ejercitar los derechos que les corresponden; y en el caso de que ofrecieren pruebas que fueren pertinentes, se fijará fecha para recibir las que fueren admitidas, cuya preparación correrá exclusivamente a cargo del oferente salvo razón fundada. En todos los casos se dará intervención al Ministerio Público para que ejercite los derechos que le correspondieren.*
>
> *La resolución que se dicte será apelable en ambos efectos si se denegare la ejecución, y en el efecto devolutivo si se concediere.*

Los requisitos de *fondo y forma* para que proceda el reconocimiento y, en su caso, *la ejecución de la sentencia, laudo o resolución jurisdiccional, se encuentran establecidos en los arts.* 571 y 572. En cuanto a los requisitos de fondo, los principios en que se basan ya se han comentado ampliamente en este mismo capítulo.

g) *Una aplicación no regulada es la aplicación por parte de un juez mexicano de una disposición extranjera de orden público. En materia mercantil y concretamente en materia de contratación internacional, la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, de la que México es Estado parte, establece en su art. 11, párrafo 2: "Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos."*

Arbitraje comercial.

Para concluir este capítulo diremos unas palabras sobre el arbitraje comercial internacional, ya que se trata de un procedimiento para la solución de conflictos que hoy en día tiene un interés y una utilidad crecientes en los planos nacional e internacional, por lo que el estudiante de derecho debe saber de su existencia.

El 22 de julio de 1993 se publicaron las nuevas reformas al *Título Cuarto del Código de Comercio* para incluir las disposiciones en materia de arbitraje comercial en 48 artículos que constituyen, salvo modificaciones menores, l*a Ley Modelo de UNCITRAL*. A continuación, examinaremos brevemente las disposiciones principales.

El ámbito de aplicación del Título Cuarto está definido en el art. 1415, que dispone, en su párafo 1, que las disposiciones serán aplicables tanto al arbitraje nacional como al internacional "*cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio nacional"*, salvo lo establecido en los tratados o convenciones internacionales en los que México sea parte y salvo también lo dispuesto en otras leyes que "*establezcan un procedimiento distinto que determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje".*

Como puede observarse, el art. 1415 se refiere, en el ámbito de aplicación de esta reforma, al arbitraje nacional y al internacional, con la condición de que el arbitraje se lleve a cabo dentro de territorio nacional. Sin embargo, de acuerdo con el art. 1416 las partes gozan de la más absoluta libertad y autonomía para decidir que el arbitraje se efectúe en el extranjero, lo bien, para que sean estas las reglas las que se apliquen, o que el arbitraje se conduzca en México y excluir dichas normas.

Cabe apuntar que México es parte de las siguientes convenciones: *la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de la que son parte prácticamente todos los países con los que México*

sostiene una corriente significativa de comercio; y de *la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional.* En ambas convenciones está previsto el ejercicio irrestricto ***de la autonomía de la voluntad de las partes para someterse a cualquier tribunal arbitral institucional o arbitraje <u>ad hoc</u> que más les convenga, así como designar las reglas de arbitraje que consideren más adecuadas e incluso construir sus propias reglas.***

Además del reconocimiento de esta amplia liberalidad, importante en la medida en que pone en igualdad de condiciones a quienes en México se dedican al comercio internacional, respecto de otros operadores internacionales del comercio, se establece que las reglas del Título Cuarto del Libro Quinto del *Código de Comercio también serán aplicables* para el arbitraje comercial nacional, lo que abre una nueva avenida para la solución de controversias comerciales de manera eficaz y rápida, sobre todo porque los tribunales judiciales han entendido la importancia del arbitraje comercial internacional y están dispuestos a ayudar a que los procedimientos sean agiles cuando hay una disputa judicial. Tratándose de la remisión al arbitraje (art. 1424 C. Com.), los tribunales se pronunciaron en el sentido de que los procesos de sustanciación deben ser agiles y deshogarse en los términos de un incidente.

El art.1416 se refiere a las diferentes definiciones conceptuales que utiliza la ley, tales como el *acuerdo arbitral, arbitraje, arbitraje internacional y las costas, honorarios y gastos del tribunal arbitral*. En cuanto al *primero,* se de*finen sus elementos básicos: acuerdo para resolver conflictos actuales o futuros,* pudiendo constar en un contrato o-estar redactado como acuerdo independiente (el art. 1423 preve la necesidad de su forma escrita, pero no lo limita a ningún formato especial). Al mismo tiempo, en esta definición se incluye la libertad de que gozan las partes respecto del arbitraje y que antes referimos. La cláusula arbitral es un concepto fundamental dentro del arbitraje, en la medida en que la existencia de este depende de la validez de aquella. Además de contener el acuerdo de las partes de someter sus controversias al arbitraje, la *cláusula arbitral debe especificar el número de árbitros que integrarán el tribunal (uno o tres); el lugar (sede) del arbitraje; el idioma y las reglas a que estará sujeto el procedimiento.*

Respecto del arbitraje, el *Código de Comercio* lo define como "*cualquier procedimiento"* comercial de arbitraje, institucional o no. La internacionalidad se define a partir de uno de los criterios siguientes: *que las partes tengan establecimiento en países diferentes en el momento de celebrar el acuerdo;* que el lugar del arbitraje o "*el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial"* o "*el lugar con el cual el objeto del litigio tenga relación más estrecha",* se encuentre en país diferente de aquel en que "*las partes tienen su establecimiento".*

Jorge Alberto Silva sostiene que con estos criterios "*se atiende más a la materia sustancial que a la procesal, para calificar al arbitraje como internacional".* Lo importante aquí es destacar que, de acuerdo con los criterios antes citados, dos personas o sociedades domiciliadas en México pueden internacionalizar su relación arbitral si designan como sede del arbitraje cualquier lugar en el extranjero, lo que es un ejemplo de la amplitud de la *voluntad de las partes en la prorroga de la jurisdición.*

De conformidad con el art. 1415 ---salvo lo previsto en el art. 1445, que se refiere al caso en que las partes hayan elegido un determinado derecho aplicable o que por omisión de estas lo hayan designado los árbitros--, las partes tienen la facultad de decidir libremente sobre su asunto, incluida la designación del arbitro, árbitros o tribunal arbitral y, de ser el caso, sobre el procedimiento arbitral correspondiente. Con ello se ratifica la libertad que tienen las partes para escoger el arbitraje---o sistema de solución para sus controversias—que más les convenga.

Es conveniente indicar que dentro de las reglas establecidas por el Título Cuarto que se comenta *(art. 1418),* tanto para el arbitraje nacional como para el internacional, se incorpora uno de los principios fundamentales del arbitraje: *el no formalismo;* en el caso específico de *las notificaciones*, estas pueden llevarse a cabo mediante "*carta certificada o cualquier otro medio que deje constancia del intento de entrega*" si personalmente no se logró hacer esta, siempre que así lo hayan acordado las partes.

Las reglas arbitrales institucionales escogidas por las partes desde su cláusula arbitral, como pueden ser las de la *Corte Internacional de Arbitraje* de *la Cámara de Comercio Internacional* (CCI), la *Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional* (CIAC), la *American Arbitracion Association* (AAA), y en especial el brazo internacional de esta misma institución: *el Internacional Center for Dispute Resolutions* (ICDR), la *Comisión de Arbitraje de la Cámara de Comercio de la Ciudad de México* (Canaco) y el *Centro de Arbitraje de México* (CAM), etc., o las reglas que las partes pudiesen haber acordado, en caso contrario, como es el caso de *un arbitraje ad hoc*, que no es común.

Cualesquiera que sean las reglas que se apliquen, si el arbitraje tiene su sede en México, se aplicarán como "*telón de fondo*" para todo lo no previsto en las reglas escogidas, las reglas del Título Cuarto que comentamos, en las que se prevé el procedimiento para la designación de árbitros o la composición del tribunal arbitral, incluidos su *recusación,* la *competencia de dicho tribunal*, *la sustanciación de las actuaciones arbitrales,* el *pronunciamiento del laudo*, *la terminación de las actuaciones, las costas y la nulidad del laudo, y el reconocimiento y la ejecución de laudos cuando estos provengan del país o del extranjero,* estableciéndose en este caso las mismas causas (seis) que se aceptan internacionalmente.

La limitación que tiene este Título Cuarto es que establece la posibilidad, en varios momentos, de que las partes recurran a un juez para que este solucione ciertos desacuerdos, lo que implica que cualquiera de las partes pueda usar una de esas salidas para eternizar el procedimiento y por tanto desvirtuarlo, sobre todo si se toma en cuenta el excesivo procesalismo que reina en los tribunales mexicanos, que aunado a otros defectos puede dar al traste con el objeto que se pretende con un procedimiento moderno y eficaz para resolver conflictos en las relaciones comerciales internacionales, como es el arbitraje comercial que en México, después de 20 años en que se incorporó la *Ley* modelo de UNCITRAL al *Código de Comercio,* ha demostrado esa eficiencia.

De los conceptos antes expresados comentaremos tres: *la determinación de la competencia, la libertad del tribunal* para conducir los procedimientos y *el reconocimiento y ejecución de los laudos.*

En *cuanto la competencia*, el art. 1432 del *Código de Comercio* establece *que el tribunal estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje*. Como se advierte, las facultades son más amplias, lo que otorga una gran flexibilidad al arbitraje. El citado artículo dispone: "*la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato. La decisión de un tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entraña por ese solo hecho la nulidad de la cláusula compromisoria*". Esto significa que, dadas las circunstancias, el tribunal arbitral tiene posibilidades competenciales que le permiten declarar nulo el contrato.

En lo que corresponde al procedimiento, las partes tienen básicamente *tres opciones*: la más usual, que en su cláusula compromisoria hayan acordado someterse a las reglas de una institución administrativa de arbitraje (CCI, CIAC, AAA, CAM, etc.) y estas serán las que se apliquen al procedimiento. Otra opción poco común puede ser que las partes acuerden aplicar a su arbitraje las reglas establecidas en el *Título Cuarto del Código de Comercio* al que ya nos hemos referido; y *una tercera opción*, menos común todavía, es que las partes elaboren sus propias reglas (*arbitraje ad hoc*). En todo caso, será conforme a esas reglas como se desarrolle el procedimiento.

El tribunal tiene amplias facultades en la conducción del procedimiento. A este respecto, el *Código de Comercio* establece que el tribunal puede "*dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas*" (*art. 1435, párrafo 2*). En la práctica, esta facultad otorga una amplia capacidad de actuación al árbitro o al tribunal arbitral *para* resolver controversias no previstas en las reglas. Finalmente, en lo que toca al reconocimiento y la ejecución de los laudos, ya analizamos varios de los principios al examinar el reconocimiento y la ejecución de sentencias judiciales; sin embargo, ahora

volveremos a referirnos a dichos principios porque en el caso del arbitraje existen características propias, pero también para que nos sirva como resumen del tema.

El art. 1462 del *Código de Comercio* se refiere a los principios establecidos en la Convención de Nueva York, a la que antes hicimos alusión, y a la letra dispone lo siguiente:

Solo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se hubiere dictado, cuando:

I. *La parte sobre la cual se invoca el laudo, pruebe ante el juez competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución que:* ***a)*** *Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si se hubiere indicado a ese respecto, en virtud de la legislación mexicana.* ***b)*** *No fue debidamente notificada de la designación de un arbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.* ***c)*** *El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, solo se podrán anular estas últimas, o* ***d)*** *La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron en el acuerdo celebrado entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición del presente título de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron al presente Título, o*

II. *El juez compruebe que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al orden público.*

En la disposición citada hay cuatro características propias del arbitraje, el resto son cuestiones que ya hemos visto en este capítulo. Las características son: ***a)*** *la relativa al exceso en que los árbitros pueden haber incurrido al ir más allá de lo convenido por las partes;* ***b)*** *la composición del tribunal arbitral*; ***c)*** *la no obligatoriedad del laudo* y ***d)*** *que el objeto de la controversia sea susceptible de arbitraje*.

En cuanto al exceso en los árbitros, existe en la práctica, en las reglas CCI y CAM, al inicio del procedimiento arbitral, un acuerdo entre las partes que se *denomina misión del árbitro o términos de referencia*, donde, entre otras cosas que se acuerdan para el buen desempeño del procedimiento, está que las partes pongan por escrito aquello en

lo que a su entender consiste la *litis. En todo caso, como el arbitraje se forma con el acuerdo entre las partes, cualquier exceso de los árbitros puede ser objeto de no reconocimiento.*

Por su parte, el tribunal arbitral se forma con uno o tres árbitros, según acuerden las partes. Una violación a su acuerdo en este sentido puede significar que el *laudo no sea reconocido.*

Respecto de la no obligatoriedad del laudo, ya sea que haya *sido anulado o suspendido* por el juez del país en donde se dictó, por ser el único competente para conocer sobre ese laudo, es un requisito que, como los demás, queda a consideración del juez aceptarlo o no. Recordemos que en el encabezado del artículo se establece que "*solo se podrá denegar"*, por lo que un juez mexicano podría si así lo considera oportuno, darle reconocimiento a un laudo anulado o suspendido por el juez del lugar en donde se dictó el mismo.

Capítulo 10. Derecho Internacional Privado Positivo en México.

10.1 Derecho internacional privado sustantivo en México.

En México pueden distinguirse tres etapas en materia de DIPr. *La primera* se inicio con el movimiento de Independencia, época durante la cual se expidieron varias disposiciones de carácter permisivo y de asimilación de los extranjeros.

Con el *Código Civil de 1870* esa actitud de apertura respecto de los extranjeros se tradujo en un sistema estatutario basado *en* ***la nacionalidad de las personas*** **como punto *de conexión* para determinar la ley personal**. Este sistema se reprodujo en el *Código Civil de 1884* y permaneció vigente hasta *1932, fecha en que se inició la segunda etapa*. Como ya se dijo (capítulo 6), por un acendrado espíritu nacionalista, producto del movimiento revolucionario, en el *nuevo Código Civil para el Distrito Federal de 1932* se modificó el sistema de DIPr vigente durante 62 años, para convertirlo en un sistema de *territorialismo absoluto*. A su vez, tal sistema fue adoptado por la mayoría de los códigos civiles de cada estado de la República.

La tercera etapa se inició el 7 de enero de 1988, con las modificaciones al CCDF, así como a los códigos de procedimientos civiles para el Distrito Federal y el Federal. Los motivos que condujeron a esta tercera etapa también se mencionaron, por lo que solo

se estudiaran en este capítulo las modificaciones habidas en la materia en el CCDF. Las modificaciones a los códigos de procedimientos civiles.

Antecedentes.

En el art. 121 de la Constitución de 1917 se estableció un sistema de conflicto de leyes para su regulación interna entre los estados de la Federación. Este dispositivo fue copiado literalmente del art. 4° de la *Constitución de Estados Unidos de América.*

Como se ha dicho, a partir de 1932, con el CCDF, se estableció un sistema de *territorialismo absoluto,* sin embargo, desde su inicio ese sistema tuvo excepciones: en el propio CCDF persistieron algunas reglas de conflicto *en materia de forma de los actos, ejecución de estos y testamentos hechos en país extranjero*. La *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito,* expedida en el mismo año 1932, contiene un capítulo de reglas de conflicto. En 1963 se publico la *Ley de Navegación y Comercio Marítimos (*derogada en enero de 1994) y en su artículo 3° se estableció un interesante sistema de DIPr.

No obstante, quienes en el seno del entonces Instituto Mexicano de DIPr, ahora Academia, consideraron que México no podía quedar ajeno a la corriente del comercio internacional, promovieron que nuestro país participara en la Conferencia Especializada lnteramericana sobre DIPr (CIDIP), lo que se logró en la CIDIP-I de 1975 gracias al impulso recibido de parte de dos funcionarios de la Secretaría de Relaciones Exteriores: Alfonso de Rosenzweig Díaz y Sergio González Gálvez. En 1977, el autor de esta obra propuso un "*Anteproyecto de ley sobre disposición de derecho internacional privado que se adicionaría al Código Civil para el Distrito Federal*". Asimismo, propuso crear un foro que permitiera una más amplia participación de especialistas en la materia no solo de la Ciudad de México, sino también del interior de la República y del extranjero, y así se celebró el Primer Seminario Nacional de DIPr auspiciado por la UNAM. La iniciativa del autor no habría fructificado si no hubiera sido por la solidaría respuesta de un reducido número de juristas que lo acompañaron en la organización y en el desarrollo de los seminarios posteriores; este fue el caso de los profesores Claude Belair, Víctor Carlos García Moreno, Laura Trigueros y Fernando Vázquez Pando. El mismo autor publicó en 1977, a través de la Universidad Nacional Autónoma de México*, la obra Derecho internacional privado*. Notas sobre *el principio territorialista y el sistema de conflictos en el derecho mexicano, en la que después de criticar el sistema territorialista imperante* propuso el mencionado Anteproyecto de ley sobre disposiciones de derecho internacional privado que se adicionarán al Código Civil para el Distrito Federal

En 1979 México participó en la CIDIP-II en Montevideo, Uruguay, donde se aprobaron ocho convenciones, de las cuales México ratificó más tarde seis. En ese año se publico la memoria del Primer Seminario Nacional de DIPr y se celebró el tercero, en tanto que el número de juristas interesados en el DIPr empezó a incrementarse.

En 1984 se celebró la CIDIP-III en la Paz, Bolivia, con la activa participación de México; se aprobarón cuatro convenciones, de las cuales nuestro país ratificó tres. Para 1985 ya se habían celebrado nueve seminarios nacionales, se había publicado gran parte de sus memorias y profesores de 20 universidades del país habían asistido de manera regular.

Las materias y los ámbitos en los cuales se prepararon y presentaron los proyectos fueron: ***cooperación judicial internacional*, *ejecución de sentencias*, *derecho del trabajo* y *derecho civil.*** Los responsables fueron, respectivamente, Ricardo Abarca, José Luis Síqueiros, Laura Trigueros y quien esto escribe. En lo tocante al autor, al formular su proyecto de reforma al Código Civil tuvo en cuenta sobre todo las normas derivadas de las convenciones ratificadas por México. Luego lo complementó con reglas tomadas de los proyectos siguientes: el del propio autor presentado en 1977, el del Código Civil brasileño de 1984 (anteproyecto Valladao), así como el del Código Civil peruano.

En 1987 el autor de esta obra, como representante de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado, mantuvo una serie de entrevistas con el entonces director general de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Gobernación, Salvador Rocha Díaz, con el subsecretario de esa dependencia, Fernando Pérez Correa. Estos funcionarios entendieron de inmediato la importancia de las reformas para el futuro de la apertura internacional de México y se acordó que el primero de ellos formara parte de una comisión presidida por el jurista y consultor jurídico de la Secretaría de relaciones Exteriores, Alberto Székely. En esa comisión también participaron Ricardo Abarca, José Luis Siqueiros, Fernando Vázquez Pando y el que esto escribe.

Por su parte, la Secretaría de Gobernación elaborado en 1987 un proyecto de disposiciones que sustituirían al *Código de Comercio,* en el cual no prosperó; sin embargo se envió al Congreso un proyecto relativo al procedimiento arbitral internacional. Al año siguiente ese proyecto fue aprobado y publicado en el *Dario Oficial de la Federación* del 4 de enero de 1989. Estas disposiciones, que conformaron el Título Cuarto del Libro Quinto del *Código* de *Comercio,* fueron sustituidas en 1993 por el proyecto que preparó la Consultoria jurídica de Relaciones Exteriores con la

participación de la Secretaría de Comercio y que se basó en la ley modelo de la UNCITRAL.

10.2 Aplicación general de las leyes mexicanas.

En este apartado estudiaremos el método de aplicación normativa en el sistema Jurídico mexicano relacionado con el DIPr, de acuerdo *con dos criterios*: ***a)*** el de la brevedad, como lo hemos hecho a lo largo de esta obra, para lo cual solo nos referiremos a los aspectos más relevantes del tema, y ***b)*** el tratamiento de las convenciones y los tratados internacionales en el sistema Jurídico, que abordaremos de manera específica más adelante. Con este fin, veremos cuál es el principio rector en la aplicación de leyes en el sistema, para referirnos después a la disposición constitucional que regula los conflictos de leyes en el sistema interno mexicano y, por último, analizaremos las leyes especiales que reglamentan dichos conflictos.

Principio general de aplicación normativa.

El principio de la jerarquía normativa en el sistema jurídico mexicano es el establecido por el art. 133 constitucional, que determina:

> Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión.

Asimismo, se establece que los jueces de cada estado de la República resolverán las contradicciones que pudiese haber en las Constituciones y Leyes Locales. En otras palabras, tenemos una jerarquía normativa en la que la Constitución está en la cúspide y en *un **segundo** plano los tratados internacionales y las leyes emanadas del Congreso de la Unión*. De ahí que el sistema básico de conflictos de leyes en el ámbito interno sea el establecido por el art. 121 constitucional, al que nos referiremos en seguida.

> **Artículo 121**. En cada entidad federativa se dará entera fe y crédito de los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todas las otras. El Congreso de la Unión, por medio de leyes generales, prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos, y el efecto de ellos, sujetándose a las bases siguientes:

Las cinco bases que establece el articulo que comentamos se inician con el principio general siguiente:

> ***I.*** *Las leyes de un Estado sólo* tendrán *efecto en su propio territorio y, por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él.*

Se trata, como puede apreciarse de un principio territorialista que **sigue el viejo principio *finitas poestas, finitas jurisdictio et cognitio***, que significa: ***"Donde termina la potestad de un Estado, finaliza su jurisdicción y el conocimiento que pueda tener un asunto"***. Un principio territorialista de esta naturaleza debió tener excepciones que se regulan en algunas de las fracciones siguientes.

> **II.** Los bienes muebles e inmuebles se regirán por la ley del lugar de su ubicación.

Como se advierte, se trata también del viejo principio que ya hemos estudiado de la *lex rei sitae: "**La ley se aplica en función a la ubicación de los bienes.**"* Cabe apuntar que todavía en la época en que se elaboró esta disposición prevalecía el antiguo concepto de que los bienes muebles se consideraban bienes accesorios de los bienes inmuebles. Sin embargo, la determinación de la ley aplicable a los bienes muebles ha cambiado diametralmente, debido a que en la actualidad el concepto de bienes muebles se le atribuye a diferente clase de bienes, **por ejemplo**, ***las acciones de las sociedades, los títulos valor como los valores en los mercados financieros, las patentes, marcas y un número muy amplio de valores en los que se basa el mundo contemporáneo.*** En el derecho mexicano, al menos a nivel general, el concepto no ha sido modificado, aunque hay una clara tendencia a considerar estos valores vinculados a la ley de su registro, como es el caso de la ***Ley del Mercado de Valores o la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito***, que regula estos bienes a partir de su registro.

> **III.** **[**Párrafo **1]** Las sentencias pronunciadas por los tribunales de una entidad ederativa sobre derechos reales o bienes inmuebles ubicados en otra entidad federativa, sólo tendrán fuerza ejecutoria en ésta, cuando así lo dispongan sus propias leyes.

Con base en el principio *Lex reit sitae, este dispositivo abre la posibilidad* de las sentencias sobre derechos reales puedan ser reconocidas y ejecutadas fuera de su propio territorio, al relacionarse con inmuebles ubicados dentro de otro estado, aunque, como hemos señalado queda al libre arbitrio de los jueces del lugar donde se ubican dichos bienes inmuebles reconocer o no las setencias dictadas por otros jueces de la República.

> **IV. [**Párrafo 2**]** Las sentencias sobre derechos personales sólo serán ejecutadas en otra entidad federativa, cuando la **persona condenada se haya sometido expresamente o por razón de domicilio,** a la justicia que las pronunció, y siempre que haya sido citada personalmente para ocurrir al juicio.

Los derechos personales están regidos por **principios diferentes: por *una parte, la voluntad del individuo,*** *por la cual se somete a la jurisdicción de un determinado tribunal,* **y por la *otra,*** *en* ***razón del domicilio****,* al cual la Constitución le da importancia como punto de contacto o conexión para definir la competencia de los tribunales. *Se agrega la garantía de ser oído previamente, establecida por el art. 14 constitucional.*

> **IV.** Los actos del estado civil ajustados a las leyes de una entidad federativa, tendrán validez en los otros, y

Los actos del estado civil requieren una permanencia a través de las fronteras de los estados, por ser consustanciales a las personas: ***los cónyuges en el estado de Jalisco deben serlo también en Veracruz o Campeche. El derecho al nombre debe respetarse en toda la República; una adopción celebrada en Sonora debería ser respetada en Yucatan y viceversa,*** *etc.,* siempre que esos derechos hayan sido adquiridos de conformidad con la ley de cualquier estado de la República. En otras palabras: *la validez del acto será* ***el principio del reconocimiento por los otros estados.*** *Una doctrina del siglo XIX llama a estos derechos vested rights* **(derechos adquiridos).**

> **V.** Los títulos profesionales expedidos por las autoridades de una entidad federativa con sujeción a sus leyes, serán respetados en los otros.

Esta disposición parte del principio *locus regit actum,* que se combina con la federación de los estudios superiores. El México de 1917 requería una amplia movilidad de los profesionales en los lugares donde más se necesitaban, de ahí que esta disposición se aplique a los títulos reconocidos por cualquier estado. Sin embargo, sabemos que actualmente la complejidad del ejercicio profesional tiende más hacia la colegiación obligatoria, que no se opondría a este principio constitucional porque una cosa es el reconocimiento de estudios y otra es demostrar la pericia suficiente para poner en práctica los estudios adquiridos, lo cual tendrían a su cargo los colegios de abogados para admitir o no a un determinado profesional.

La jurisprudencia sobre el artículo constitucional que comentamos es casi inexistente y se debe a una razón principal: en sus orígenes, los diversos códigos civiles y de procedimientos civiles de los distintos estados de la República han seguido como modelo a los códigos civil y de procedimientos civiles del Distrito Federal, por lo que la falta de diferencias básicas no ha generado propiamente problemas en ese sentido. Por

otra parte, la existencia de un *Código Federal de Procedimientos Civiles* ha contribuido a la uniformidad de soluciones.

La jurisprudencia se puede resumir *en dos tesis,* ***acerca de la ejecución de sentencias, en un caso en materia de bienes inmuebles y en el otro en materia de derechos personales.*** En **el *primer caso*** se reconoce que las "*leyes generales*" a que se refiere el párrafo 1 del art. 121 **son asimilables a las leyes federales** aplicables en todo el país, como el *Código de Comercio y el Código Federal de Procedimientos Civiles.* Sin embargo, este criterio ha sido modificado por interpretación de nuestros tribunales, aunque el sentido de fondo no ha variado en el caso que nos ocupa. De esta forma se determina el tratamiento que se debe dar a las leyes generales:

> Debe *entenderse que las leyes del Congreso de la Unión a las que se refiere el artículo constitucional no corresponden a las leyes federales, esto es, a aquellas que regulan las atribuciones conferidas a determinados órganos con el objeto de transcender únicamente al ámbito federal, sino que se trata de leyes generales que son aquellas que pueden incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano…las leyes generales.*

En **el *segundo*** *caso,* la Suprema Corte afirma que los tribunales de los estados deben partir *de* ***la presunción de que las sentencias pronunciadas en otros estados***; y que se pretenda hacer valer en los primeros, son sentencias emitidas válidamente hasta que no se demuestre lo contrario.

Al respecto, Elisur Arteaga sostiene que esta disposición constitucional "pretende circunscribir el orden jurídico de las entidades federativas a sus limites territoriales e impedir intentos indebidos de parte de ellas o que se excedan en su jurisdición: es el complemento idóneo de las *fracciones II y III del artículo 103 de la Constitución, que tienden a evitar invaciones de la Federación en el campo de los estados y viceversa".*

De esta forma, el art. 121 es un complemento del art. 124 constitucional, que, como se recordará, *establece que las facultades que no estén expresamente concedidas por la Constitución a los funcionarios federales, se entenderán reservadas a los estados.* Por otro lado, el art. 121 puede considerarse una norma que da continuidad a la vida jurídica del país y establece las reglas para que los actos jurídicos, los derechos adquiridos y las sentencias de uno de los estados puedan ser reconocidos en otras entidades.

La duplicidad de códigos civiles.

Introducción.

En mayo de 2000 se publicaron las reformas al CCDF que lo convirtieron en un Código de aplicación local para ese ámbito espacial y cuya importancia se deriva del hecho de que abarca la Ciudad de México y una parte de su zona conurbada donde, como se sabe, habitan más de 22.2 (10/10/2023) millones de seres humanos. Además, dentro de esta jurisdicción se encuentran los sectores más importantes de la industria, el comercio, los servicios, la banca, las finanzas y los negocios del país. Al pasar el CCDF a ser Código local, el Congreso de la Unión dispuso que el texto del antiguo CCDF pasara íntegramente a ser el *Código Civil Federal* (CCF). Respecto de los cambios sufridos en el actual CCDF y a reserva de volver sobre ellos más adelante, se pueden resumir en lo siguiente:

Se derogó el *principio que sujetaba la capacidad y el estado civil de las personas a la ley de su domicilio para volver al principio territorialista que había sido derogado con la reforma de 1988, según el cual* ***"las leyes para el Distrito Federal se aplicarán a todas las personas que se encuentren en el territorio del mismo, sean nacionales o extranjeros"*** *(art. 12)*; se deroga de manera específica el principio del domicilio al establecer que "el estado y la capacidad de las personas se rige por las leyes aplicables en el Distrito Federal (art. 13). Pero se dejó vigente el resto del art. 13, que contiene reglas para la determinación del derecho extranjero aplicable, así como los casos en que el derecho extranjero no debe aplicarse en el *Distrito Federal* (art. 14). De la subsistencia de estas reglas en materia de derecho extranjero al lado de disposiciones territorialistas, surgen varias dudas que examinaremos a continuación.

El art. 13 establece cinco reglas, de las cuales cuatro subsisten en materia de DIPr del Código anterior, aunque con algunos cambios. En ***la primera*** *de las fracciones* se aceptan los derechos adquiridos, pero de forma limitada a las situaciones creadas en otras entidades del país, es decir, en otros estados de la República, lo cual implicará el reconocimiento de situaciones jurídicas creadas en el extranjero. Quizá pudo ser una omisión del legislador o, con espíritu territorialista, constriñó la aplicación de la ley al interior del territorio mexicano. Sin embargo, pese a esta disposición, la realidad es otra, porque una interpretación estricta y aislada del principio territorialista equivaldría a aceptar una interrupción del tráfico jurídico internacional; además, como veremos a continuación, las disposiciones que comentaremos confirman la posibilidad de que puedan ser reconocidos derechos adquiridos del extranjero.

En efecto, cualquier sentencia emitida por un tribunal extranjero que confirme o cree una nueva situación jurídica, lo que generalmente ocurre, puede ser reconocida por los tribunales del Distrito Federal, de acuerdo con las reglas establecidas en el *Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federa*l. El juez debe *constatar que durante el juicio en el extranjero se haya respetado el* ***derecho de audiencia y que la sentencia no sea contraria al orden público mexicano, además del cumplimiento de los requisitos formales*****.** Una vez realizado esto, puede proceder a su reconocimiento *(art. 608, CPCDF)*. Sin embargo, el tema más difícil es el relativo al estado y capacidad de las personas, que se puede analizar desde dos perspectivas diferentes.

Cuando nos referimos a los actos del estado civil de las personas, consideramos que estas pueden adquirir un determinado estado civil de acuerdo a la ley extranjera *(matrimonio, divorcio, adopción y también domicilio).* Y ese estado puede ser reconocido por los tribunales del Distrito Federal. En este sentido, el trafico jurídico internacional será respetado. No obstante, si una persona domiciliada en en el *extranjero desea realizar un acto del estado civil en el Distrito Federal, su acto será regido por las leyes de esta última entidad*, *sin consideración de la ley personal aplicable a su capacidad y estado civil (****ley de domicilio o nacionalidad****).* En este punto el principio territorialista del CCDF interrumpe el trafico jurídico internacional.

Esta cuestión tambien se puede analizar desde una perspectiva diferente, aunque de forma indirecta. Conforme a la Constitución Federal Mexicana. *“En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías de su protección, cuyo ejercicio no podrá restringuirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución Establece …” (art. 1°), y el art. (2° inciso B,) prohíbe la discriminación entre otras cosas.* Esta igualdad jurídica de las personas en México nos lleva a afirmar que cuando el CCDF circunscribe el reconocimiento a **“las *situaciones jurídicas válidamente creadas en otras entidades de la República”*** y no del extranjero, incluidas las leyes que rijan la capacidad y el estado civil de las personas, se está faltando al principio de igualdad establecido por la Constitución Federal. En un juicio de defensa de garantías constitucionales (*un juicio de amparo)*, ese dispositivo del CCDF podría atacarse de inconstitucionalidad.

Las fraccs. III y IV del art. 13 del CCDF se refieren a **los principios *lex rei sitae y locus regit actum.*** *El primero* ha *sido bien recibido por la doctrina mexicana, en la medida en que dispone que los bienes inmuebles y los derechos reales sobre ellos se rijan por las leyes del Distrito Federal*; sin embargo, a ese texto se le adiciona un párrafo

en donde aparece de nuevo la jaculatoria territorialista, ya que dicha ley será aplicable "*aunque sus titulares sean extranjeros".* Una declaratoria innecesaria como esta tendría explicación en las luchas del siglo XIX principios del XX la defensa de los intereses de México frente a las potencias imperiales de la época. Quienes así piensan todavía y ponen ese énfasis quizá no hayan visto que el mundo ha cambiado y hoy la lucha es porque los extranjeros tengan los mismos derechos que los nacionales y no exista discriminación. Sin embargo, la espectacularidad de estos argumentos todavía tiene adeptos, de ahí que se haya vuelto a hacer dicho señalamiento que, como ya se dijo, es innecesario.

Sin embargo, hay un punto interesante en toda esta disposición: la fracc. V del art. 13, que a la letra dice: *"Salvo lo previsto en las dos fracciones anteriores---y se refiere a los citados* ***principios*** **lex rei sitae y locus regit actum**—*los efectos* y contratos celebrados fuera del Distrito Federal que deban ser ejecutados en su territorio, se rigirán por las disposiciones de este Código, a menos que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho".

Otra vez la contradicción territorialista: se afirma que todas las situaciones creadas en los demás estados de la Republica pueden tener efecto en México (frac. I) y que las partes pueden designar en sus contratos, *"validamente",* la aplicabilidad de otro derecho (fracc. V). Sin embargo, también se afirma que "*las leyes para el Distrito Federal se aplicarán a todas las personas que se encuentren en el territorio del mismo, sean nacionales o extranjeros" (art. 12), lo mismo que: los efectos jurídicos de los actos y contratos celebrados fuera del Distrito Federal que deban ser ejecutados en su territorio se regiran por las disposiciones de este Código"* (a menos que las partes hayan designado validamente otro derecho).

El CCDF establece, como hemos visto, principios de orden territorialista; sin embargo, deja a las partes en libertad para que puedan designar como aplicable a su contrato una ley extranjera y así evadir las disposiciones territorialistas que el propio Código establece. Aquí cabría preguntarse; ¿el legislador, consciente de la realidad internacional, estableció **un doble sistema**: **territorialista** en el ámbito interno e internacional en el externo? No esta claro, sobre todo cuando de acuerdo con la facultad otorgada a las partes de someter su contrato a una ley extranjera, las partes pueden ejercer dicha facultad en relación con un contrato celebrado dentro del Distrito Federal, donde supuestamente rige un sistema territorialista. En estas condiciones, ¿vale la pena dicho sistema? En todo caso es un sistema extraño para el resto del mundo de hoy.

Lo mismo sucede cuando esa persona celebró un acto jurídico conforme a una ley que le otorgaba capacidad para celebrarlo y resulta que por el solo hecho de encontrarse

de paso en México no tiene capacidad para confirmar o modificar ese mismo acto de acuerdo con la ley originariamente aplicable si esta es extranjera, porque la ley que se aplicará será la del Distrito Federal, al menos en lo que toca a su capacidad. Esta situación es verdaderamente extraña para un sistema de DIPr en pleno siglo XXI. En ambos casos se falta a la *seguridad y la justicia,* que son necesarias en el trafico jurídico internacional.

El art. 14, fracc. I del CCDF, establece que el juez mexicano debe aplicar el derecho extranjero "*como lo haría el juez extranjero, para lo cual el juez podrá allegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia y alcance legal de dicho derecho*". Cabría preguntarse: ¿a cuál derecho extranjero se refiere el CCDF? Parece evidente que alude a los casos en que, por su conexión internacional, el Juez del Distrito Federal debe aplicar la ley extranjera, lo que no parece tener problema; sin embargo, el hecho de que un código de principio territorialista establezca una disposición de este tipo llama la atención.

En la fracc. II del citado art. 14 se establece una norma típicamente conflictual: se ordena al juez del Distrito Federal aplicar "***el derecho sustantivo extranjero*"**, pero solo aplicar reglas de conflicto de ese derecho cuando remitan a la aplicación del derecho del Distrito Federal. Esta disposición, por tanto, trata de evitar un reenvío en segundo grado a las leyes de un tercer país y el legislador prefiere que se aplique la ley del Distrito Federal.

La fracc. IV del art. 14 se refiere a la **cuestión previa** determina una conexión autónoma. La fracc. V sigue casi textualmente al art. 9° de la Convención Interamericana sobre Normas Generales; sin embargo, aquí puede señalarse otra contradicción del Distrito Federal. En el texto original de la Convención se estableció un dispositivo conforme al cual la interpretación de las diversas leyes en juego deberá realizarse de manera armoniosa para *"realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones".* En el texto del artículo anterior (el de las reformas al Código Civil de 1987) se había transcrito: ***"Cuando diversos aspectos de una relación jurídica estén regulados por diversos derechos éstos serán aplicados armónicamente…"*** *etc. Lo mismo se* repite en el actual CCDF. Sin embargo, en el contexto territorialista de las reformas, si las partes no escogieron la ley aplicable a su contrato y los efectos del mismo se dan en el Distrito Federal, el Juez no interpreta armónicamente la relación jurídica y solo aplica el derecho del Distrito Federal.

En su parte final, el art. 14 dispone que se aplicarán las mismas reglas "*cuando resultare aplicable el derecho de otra entidad federativa"* Se trata aquí de hacer extensivo el sistema internacional al sistema federal mexicano.

El CCDF y el CCF.

Antes de entrar en materia y para lograr una mayor precisión, conviene referir de modo muy breve algunos antecedentes. Los códigos civiles del Distrito Federal han sido los modelos para muchos códigos de los estados de la República. En 1870 era casi el único código en el país y en 1884 pasó a ser el Código para el Distrito Federal y de los entonces territorios federales; un mayor número de estados tenían su propio código y otros seguían aplicando el Código del Distrito Federal titulándolo solo como Código de tal o cual estado, pero con un contenido idéntico. Esto dio por resultado que existiera uniformidad en los códigos civiles de todo el país.

Cuando en 1887 se expidió el *Código de Comercio* vigente, en su art. 2° se estableció que, a falta de disposiciones en este Código, "***serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común* "**, es decir, las legislaciones locales de los estados. A medida que los códigos estatales empezaron a cambiar, resultó necesario para el legislador federal destinar el Código del Distrito Federal de 1932 como de aplicación supletoria para toda la República en materia federal, incluida la legislación mercantil. Así, el *Código de Comercio* dispone en su art. 2° *que "a falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal*", que en adelante será el CCF.

El art. 121 de la Constitución Federal establece las reglas generales en materia conflictual para toda la República, a las que ya nos hemos referido. La poca utilización de estas reglas por parte de los tribunales mexicanos se debe en parte a que se trata de normas generales a las que les ha faltado una reglamentación. El Sexto Seminario de Derecho Internacional Privado y Comparado (1981) se destinó a plantear esa necesidad; se propuso elaborar una ley reglamentaria del dispositivo conflictual constitucional y todas las ponencias fueron presentadas con ese fin. Y aunque las propuestas no tuvieron repercusión, el legislador federal ha establecido con el CCF, sin proponérselo, más o menos completa que bien puede considerarse ahora como ley reglamentaria del art. 121 Constitucional, aunque habrá que esperar para ver que acogida tiene una reglamentación de este tipo por parte de los tribunales mexicanos.

Analicemos ahora las reglas establecidas en el art. CCDF y así aprovecharemos para dar una explicación más amplia sobre el sistema de DIPr en el derecho positivo mexicano.

El art. 12 del CCF establece:

> *Las leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentren en la República,* ***así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquéllos que se sometan a dichas leyes****, salvo* ***cuando éstas prevean la aplicación de un derecho extranjero y salvo****, además, lo previsto en los tratados y convenciones de que México sea parte.*

Como se observa, se trata de un sistema mixto (en *principio territorialista)* mediante el cual se determina, en **la *primera*** *parte* de la disposición citada, el ámbito de aplicación de las normas jurídicas, y *en* ***la segunda*** aflora la posibilidad de aplicar el derecho extranjero cuando así lo establezcan las leyes mexicanas y los tratados internacionales en que México sea parte.

En el sistema mixto (***territorialista y permisivo***) se tienen en cuenta los dos sistemas vigentes anteriormente en México: el territorialista de 1932, que fue restaurado de manera parcial en el CCDF, como ya mencionamos, y el estatutario de 1870. En seguida se analizan sus elementos más relevantes.

A la formulación general, de orden territorialista, según *las personas y actos quedan sometidos a la aplicación de las leyes mexicanas por el hecho de encontrarse o suceder en territorio de la República* (como se recordará, ***los buques y las aeronaves con bandera mexicana se asimilan a territorio nacional*****)**, se agrega ahora la palabra *jurisdicción.* Con ella se hace énfasis en el poder del Estado encaminado a la actuación del derecho mediante la aplicación de la norma general al caso concreto, es decir, la formulación del dispositivo no solo es abstracta **(*aplicación territorial de las leyes***), sino que además se le da una connotación técnica específica: los tribunales y los jueces mexicanos ejercen jurisdicción sobre personas y actos que se encuentren o sucedan dentro de territorio mexicano. Como en el caso de los primeros estatutarios en el siglo XII, el legislador ha hecho coincidir la competencia legislativa con la judicial. Por otro lado, el art. 12 segunda parte, del CCF, establece la excepción al principio general territorialista *salvo que estas* (*las leyes mexicanas*) ***prevean la aplicación del derecho extranjero…****; y* el CCDF establece en los arts. 13, 14 y 15 las bases para la aplicación del derecho extranjero, que ya mencionamos pero que veremos con detalle a continuación.

Asimismo, la excepción se refiere a los casos en que los tratados internacionales así lo prevean y como se verá en el capítulo 11, los tratados ratificados por México representan la normatividad más amplia que constituye el derecho mexicano positivo en materia de DIPr. Esta excepción prevé que, si el juez ha considerado que no debe aplicar sus normas materiales, buscará en sus normas de conflicto cuál es el derecho extranjero que debe aplicar.

Independientemente de este procedimiento que debe seguir, el juez ha de buscar en los tratados y las convenciones suscritos por México si esta contemplada la hipótesis aplicable al caso que debe solucionar; si esta búsqueda resulta positiva, será la que aplicará dada la preeminencia que dichos instrumentos internacionales tienen de acuerdo con el art. 133 constitucional.

Determinación del derecho aplicable.

En el art. 13 del CCF se establecen las cinco *reglas de conflicto básicas en el sistema. Veamos cada una de ellas.*

> **I.** *Las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas;*

Conforme a una tradición que, de manera inmediata proviene de la doctrina y del derecho estadounidenses del siglo XIX, en concreto de las ideas *de Joseph Story*, se recoge en esa disposición el concepto de los *derechos adquiridos*. El juez solo constatará que determinada "*situación jurídica*" (*un acto jurídico*) ha sido creado "*válidamente*", **tanto en la *forma* como en *el fondo***, de acuerdo con un sistema jurídico diverso del suyo, para luego reconocerla conforme a su propio derecho.

De lo dicho en el párrafo anterior, es importante destacar *tres cuestiones*: **para que el *juez del foro pueda constatar que el acto jurídico ha sido creado válidamente conforme al derecho extranjero*** y, por tanto, darle reconocimiento, deberá hacerlo mediante la consulta a su regla de conflicto, la que le indicará, a su vez, cuál es el derecho que debe consultar. ***La segunda*** *cuestión* se refiere al término establecido en la ley: *válidamente* (sobre este concepto. véase el comentario a la fracc. V de este artículo). Se trata de un calificativo de acuerdo con el cual el juez del foro, después de llevar a cabo el procedimiento antes descrito de definir la ley aplicable, deberá determinar conforme a está si el acto jurídico fue creado *"válidamente*" conforme a la ley extranjera. ¿Cuáles son los márgenes de esa determinación? Solo la jurisprudencia podrá darnos la respuesta en el futuro. Veamos un ejemplo para comprender mejor esta disposición.

> *Una persona adopta a otra conforme a la ley de Guatemala (*Código Civil). Si el *adoptado quiere hacer valer sus derechos de hijo adoptivo ante juez mexicano, este tendrá que buscar en su norma de conflicto cual es el derecho que debe consultar y la norma de conflicto indicará que consulte la ley guatemalteca por lo que toca a la realización del* ***acto, tanto en forma***

> ***como en fondo,*** *es decir, se debe saber si el juez aplico correctamente el derecho guatemalteco para determinar la ley personal aplicable a adoptante y adoptado. Una vez hecha esta operación, el juez estará en condiciones de declarar que la adopción fue hecha* "válidamente" *conforme al derecho guatemalteco y por tanto, debe ser reconocida en México.*

La tercera *cuestión* a que se refiere esta disposición es el reconocimiento de una "*situación jurídica"* creada en el extranjero, en la que aún no se sabe que tipo de acto es. Es decir, si jurídicamente existe esta posibilidad, mientras tanto su calificación por parte de la ley será de carácter neutral como ***"situación jurídica",*** equivale a ***"hecho jurídico",*** el cual, una vez definido conforme a su ley de creación, nos dirá si se trata de u**n *contrato, una adopción, un matrimonio****, etc.* En todo caso, su reconocimiento por el juez mexicano deberá darse siempre y cuando esa situación no haya sido creada en ***fraude a la ley mexicana ni vaya en contra del orden público mexicano.***

> **II.** *El estado y capacidad de las personas físicas por el derecho del lugar de su domicilio;*

Esta disposición establece como punto de conexión *el (Territorialismo)* ***lugar del domicilio*** **de las personas físicas,** para de ahí determinar el derecho aplicable que rige el estado civil y la capacidad de aquellas. En otras palabras: el derecho aplicable para regir el estado civil de una persona **(*nacimiento, filiación, matrimonio, divorcio, etc.)*** y **su capacidad (mayoría *de edad, incapacidades generales o especiales, etc.)*** Será en lugar de **su domicilio**, sin importar que la persona se encuentre en un lugar distinto. Esta disposición rige en materia federal. Cabe aclarar que varios códigos estatales aceptan también el domicilio de la persona como punto de *contacto* para determinar su ***estado civil y capacidad****,* lo cual implica, entre otras cosas, que la referencia que un juez extranjero hiciese del derecho mexicano sería en realidad la del CCF y no, por lo menos en ese punto, la de cualquier otro código de las diversas entidades federativas.

Veamos un ejemplo:

> *Si una persona domiciliada en Honduras desea otorgar su testamento ante un notario público en la Ciudad de México, este deberá consultar la ley hondureña (*Código Civil) *a fin de saber si es capaz jurídicamente para realizar dicho acto. La ley hondureña será, en este caso, la ley personal, la que determina si la persona tiene capacidad jurídica. Lo mismo sucederá con las cuestiones relacionadas con el estado civil de las personas, en donde también la ley personal es aplicable. De esta manera la determinación de la ley aplicable a la persona, si el contrato es en el extranjero—o si se trata del*

extranjero, determinar esa ley personal de la persona domiciliada en México--, deberá ser, en nuestra opinión, a partir del CCF, por ser este el aplicable para regular relaciones y situaciones internacionales y por lo tanto la ley del domicilio de la persona deberá aplicarse como punto de contacto o conexión.

> **III.** La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes, y los bienes muebles, se regirán por el derecho del lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros;

Esta disposición regoje el principio *lex rei sitae,* según el cual los bienes deben regirse de acuerdo con el derecho del lugar donde se encuentren. De la misma se pueden desprender tres aspectos;

1. *La razón que hace regir a los bienes inmuebles por el derecho de su ubicación* ***es su vínculo territorial y su inmovilidad,*** *que se encuentran relacionadas con su registro (que en México se conoce como Registro Público de la Propiedad), pues ahí se lleva la regulación de la constitución, el régimen y la extensión de los derechos reales sobre dichos bienes, es decir, la vida misma del bien.*

2. *A este régimen se asimilan el* arrendamiento y el uso temporal sobre los bienes. En el caso del arrendamiento, existen antecedentes en este sentido desde la *Ley de Extranjería y Naturalización de 1886, que en su art. 31 se refería al carácter mixto (*personal y real) de ese derecho, el cual ha sido reproducido, a su vez, en el caso del uso temporal.

3. *La tercera carácteristica de la disposición es que se extiende a los bienes muebles. Aquí cabe hacer una doble distinción:* ***de acuerdo con el concepto tradicional de localización de los bienes muebles, estos se rigen por el derecho del domicilio de su propietario, pues por su naturaleza tienen una movilidad tal que es difícil ubicarlos en un sitio determinado****. Por tanto, desde 1931 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su art. 156, fracc. IV, en materia de fijación de competencia ha establecido como punto de conexión precisamente el domicilio de su propietario.* ***La segunda*** *distinción* ***se*** *relaciona más con la realidad actual:* ***los bienes muebles más importantes en el mundo moderno son los títulos valor, los valores bursátiles y las marcas de fábrica, por lo cual se estableció una conexión fáctica; el lugar de su ubicación****, a fin de otorgarles máxima circulación, pues bastará constatar que la transmisión de los títulos se ha otorgado de acuerdo con la ley del lugar donde se expiden, que por lo general coincide con el lugar donde se encuentran, para que el adquirente tenga la seguridad de que ha adquirido dichos títulos en forma correcta.* ***Con seguridad y certeza jurídicas***

> ***adecuadas, quien adquiera o venda dichos títulos sabrá cuales son los requisitos que para tal efecto establezca la ley del lugar dondo se lleve a cabo dicha operación****. Sin embargo, la conexión del lugar de su ubicación respecto de su ley aplicable, como lo hemos mencionado, se ha desplazado, en el caso de los valores, hacia el lugar de su registro.*

Cabe recordar que el CCF es aplicable supletoria respecto del *Código de Comercio* y las demás leyes mercantiles. Veamos un par de ejemplos para ilustrar lo que hemos dicho hasta ahora.

> *Si se arrienda un inmueble ubicado en el Estado de Morelos o en Canadá y en el* ***contrato correspondiente se declaran como competentes a los tribunales de la Ciudad de México, auto de ejecución, lanzamiento o desocupación del inmueble que se obtenga de estos tribunales quedará sujeto a que el juez del Estado de Morelos o de Canadá lo reconozcan y le otorguen ejecución.*** *Esto va a depender de dos cosas:* ***a****) que la ley aplicable a dicho contrato sea la* ***del lugar de ubicación del inmueble*** *y* ***b)*** *que el* ***juez de ese lugar reconozca competencia al juez de la Ciudad de México sobre la competencia natural, en razón de la ubicación del bien inmueble dentro de la jurisdición, por lo que será difícil que este juez recononozca competencia en materia de bienes inmuebles a un juez fuera de su territorio****. En México, la jurisdicción sobre bienes inmuebles en territorio nacional es jurisdicción exclusiva de los tribunales mexicanos (*art. 568, CFPC). *En otras palabras, se tratará de un caso de* ***competencia territorial que excluye, en principio, la competencia de otros jueces****.*
>
> *En otro ejemplo, en el caso de* ***bienes muebles****;* ***la venta de acciones de una sociedad mexicana realizada en el extranjero será regida por la ley del lugar de la ubicación se las acciones.*** *En este sentido, se estará hablando de los principios de* ***forma y fondo*** *que se aplican sobre la transmisión de dichos bienes. En el caso de* ***otros títulos valor, como los bursátiles, la ley aplicable es la ley del registro de la bolsa donde se encuentran registrados esos títulos y, por tanto, el adquirente podrá saber si se han satisfecho los requisitos previstos por la ley****.*
>
> *Sin embargo, el desarrollo de estos valores ha provocado que se busquen puntos de contacto y reglas de conflicto más eficientes para que centralicen las actividades de comercio de dichos valores, como es el caso de la* Convención de La Haya *sobre los derechos de valores anotados en cuenta, aprobada en diciembre de 2002, firmada por México y aún no*

ratificada, la cual señala como aplicable la ley del lugar del intermediario relevante de dichos títulos, que por lo general concuerda con su registro.

Como ya se indicó, el objetivo es claro: ***que quien venda y quien compre conozcan la ley del lugar donde se llevará a cabo su compraventa; con ellos se otorga certeza a la transacción***. Lo anterior, independientemente del caso de las acciones de sociedades que tengan limitaciones estatutarias para su transmisión, en cuyo caso dichas limitaciones deberán ir impresas al dorso de los documentos y, por ende, las partes las conocerán y las aceptarán o no.

IV. *La forma de los* ***actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren.*** *Sin embargo, podrán sujetarse a las formas prescritas en este Código cuando el acto haya de tener efectos en el Distrito Federal o en la República tratándose de materia federal; y*

Tal disposición contiene nuevamente el reconocimiento de otro principio ancestral: *locus regit actum,* limitado por la voluntad o voluntades de quien o quienes deban suscribir el acto de acuerdo con ***dos supuestos***: ***si el acto es materia común y va a ejecutarse en el Distrito Federal o si es materia federal y va a ejecutarse en cualquier parte de la República, en cuyo caso la forma podrá sujetarse a lo previsto por el*** **Código de Comercio**. En estos dos supuestos, el principio *locus regit actum* ***(el lugar rige al acto)*** se sustituye por el principio *lex loci executionis* ***(Ley del lugar donde se ejecuta la obligación)***. Un ejemplo nos ayudara a precisar la idea.

El acto jurídico, el contrato se celebra en Nicaragua*: la forma—si no, lo disponen de otra manera las partes—será regida por el derecho* ***nicaragüense.*** *Pero de igual manera,* ***con base en la autonomía de la voluntad, las partes pueden someter la forma de su contrato al derecho mexicano****. En este punto todos los códigos civiles locales coinciden en aceptar esta regla de conflicto. La cuestión de* ***la forma*** *es particularmente importante en los actos que* ***requieren solemnidades****, como* ***el*** **matrimonio o un testamento,** ***ya que la solemnidad del acto es determinante para la existencia de dichos actos.***

V. Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos de que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho.

Esta regla de conflicto contiene dos aspectos susceptibles de comentario.

1. *El principio tradicional, también previsto en la fracción anterior: lex loci executionis, según el cual, a falta de voluntad expresa de* ***quien o quienes suscriban el acto o contrato, se regirá por el derecho del lugar de su ejecución tanto en la forma como en el fondo, salvo lo previsto en las reglas de conflicto establecidas en las fracciones del mencionado articulo*****.**

2. *En un segundo aspecto, salvo los casos previstos en las fracciones anteriores, el acto o el contrato podrá regirse por el derecho libremente escogido por las partes, con la limitación de que se trate de un derecho "designado válidamente". Aunque el término no es preciso y la interpretación jurisprudencial se encargará de darle contenido y alcance, significa que las partes, en pleno uso de la autonomía de su voluntad, han decidido como aplicable a su acto o contrato cualquier derecho, siempre que esta designación no implique contrariedad al* ***orden público mexicano o haya sido hecha en fraude a la ley mexicana, o bien, que la libre voluntad de las partes encuentre un limite en una norma de aplicación inmediata.*** Cabe destacar que en la *Convención Interamericana sobre Contratos Internacionales aprobada en marzo de* 1994 durante la CIDIP—V, en la Ciudad de México, se admitió el principio de la autonomía absoluta de las partes para designar su ley aplicable: *"El contrato se rige por el derecho elegido por las partes"* (art. 7°, párrafo 1).

Aplicación del derecho extranjero.

Determinado el derecho extranjero conforme a las reglas del conflicto establecidas en el art. 13 del *Codigo Civil Federal* a las que se ha hecho referencia, se inicia el segundo paso: su aplicación. En este sentido, el art. 14 dispone, a su vez cinco criterios:

I. *Se aplicará como lo haría el juez extranjero correspondiente, para lo cual el juez podrá allegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho derecho.*

En esta *disposición hay tres aspectos básicos por precisar:*

1. *Se ordena al juez federal que después de haber consultado su regla de conflicto proceda a calificar, o sea, que para interpretar los conceptos establecidos por la norma de conflicto mexicana* (***forma de los actos, lugar***

de conclusión del contrato, etc.) *recurra no al derecho interno mexicano, sino a las categorías establecidas por el derecho interno extranjero susceptibles de aplicarse, lo cual configura una verdadera calificación lege causae.****(Ley aplicable al fondo de de una controversia o situación privada internacional).***

2. *Se trata de la aplicación de oficio del derecho extranjero por el juez mexicano, con cuyo fin se otorgan las facultades al juez aplicador para allegarse por si, mediante las partes o por medios que considera idóneos (consulta a un instituto o perito en derecho comparado, por la vía de la Secretaría de Relaciones Exteriores, etc.), tanto el texto del derecho extranjero como la prueba de su vigencia y, lo que es de gran importancia: el "****sentido y alcance legal de ese derecho extranjero****", para aplicarlo correctamente y así cumplir con la obligación que tiene de aplicarlo como "lo haría el juez extranjero".*
3. Con lo dicho anteriormente cabe concluir que esta disposición establece la completa asimilación del derecho extranjero al mexicano y da al juez del foro amplias posibilidades interpretativas.

Sin embargo, la interpretación que hacen nuestros tribunales, aunque confirma la resolución, es desafortunada en algunos conceptos. Aquí citaremos únicamente con un fin didáctico para que el lector comprenda cuales son aquellas omisiones y como un lenguaje en pleno siglo XXI puede ser tan atrasado:

La legislación mexicana admite la aplicación del derecho extranjero, y primero debe determinarse si se esta o no en un caso en que se permita esa aplicación, y demostrado que es aplicable, debe tenerse en cuenta que quien funde su derecho en leyes extranjeras, tiene ***la carga procesal de probar la existencia de las mismas y que son aplicables al caso.*** *Ello, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 19 del Código Civil Federal y 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles, conforme al cual el derecho que se funda en leyes extranjeras está sujeto a prueba y en ese sentido no opera la regla del sistema jurídico nacional de que el derecho no es materia de prueba.*

Cuando la resolución se refiere a que *el juez determine "si se esta o no en un caso en que se permita esa aplicación y demostrado que es aplicable…" (del derecho extranjero)* engloba la remisión que deberá hacer el juez a las *leyes de aplicación enmediata y,* sobre todo respecto del orden público, la disrupción de la norma de conflicto. Sin embargo, en su segunda parte se refiere al principio de que *"****quien funde su derecho en leyes extranjeras, tiene la carga procesal****",* conclusión a la que llega el tribunal sin fundamento alguno. El art. 14, fracc. I, del CCF, que es el principio al que se refiere el art. 86 *bis* del CFPC y tiene en el su origen, establece claramente que "*el juez podrá allegarse la información necesaria…", etc.* y no dice que las partes deberán probarlo.

II. *Se aplicará el derecho sustantivo extranjero, salvo cuando dadas las especiales circunstancias del caso, deban tomarse en cuenta, con carácter excepcional, las normas conflictuales de ese derecho, que hagan aplicables las normas sustantivas mexicanas o de un tercer estado;*

Como se advierte, esta disposición establece dos reglas:

1. *Se ordena al juez aplicar el derecho sustantivo extranjero, sin tener en cuenta las reglas de conflicto de este derecho, tratando de evitar en lo posible la figura del reenvió.*
2. *Solo cuando medien "especiales circunstancias del caso", a criterio del juez mexicano se, aplicarán, además del derecho sustantivo extranjero, las reglas de conflicto de este, pero la forma limitada a dos situaciones: cuando las reglas de ese derecho extranjero remitan al derecho mexicano y cuando la remisión se haga al derecho de un tercer Estado, con lo cual se restringuen otras posibles remisiones que pudieran existir*.

III. *No será impedimento para la aplicación del derecho extranjero, que el derecho mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable,* ***si existen instituciones o procedimientos análogos;***

De acuerdo con dicha disposición, el juez no podrá, bajo el pretexto de que su derecho mexicano no conoce una determinada institución jurídica establecida en el derecho extranjero, dejar de aplicar este. Precisamente el sentido mencionado al analizar el inciso de la disposición que se comenta es que el juez mexicano no adopte una actitud cerrada y busque como evadir la aplicación del derecho extranjero. Se trata de que tenga una actitud abierta ante los problemas que le presenta el trafico jurídico internacional. Veamos dos ejemplos:

Primero. *Si el juez tiene ante si un contrato de* trus *del derecho estadounidense podrá asimilarlo en cuanto a la naturaleza de ese contrato al fideicomiso en México, o si una acción derivada de un título de crédito previsto por el* ***derecho extranjero aplicable no tiene prescripción alguna, el juez podrá aplicar la prescripción establecida en el derecho mexicano para el titulo de crédito*** *análogo, etc.*

Segundo. *En un caso extremo, un juez del Distrito Federal ante el cual se presente* ***el reconocimiento de un matrimonio poligamico*** *realizado en el extranjero, en lugar de rechazarlo totalmente, podrá aceptar algunas de sus consecuencias jurídicas,* ***como los derechos a alimentos de los hijos de ese***

***matrimonio y a la conyuge abandonada**,* la primera esposa que sería *la que reconocería el derecho mexicano.*

La forma como los tribunales mexicanos han considerado la aplicación del derecho extranjero y las dificultades que esa aplicación implica, quedan evidentes en una decisión reciente que ya hemos citado, en la cual el Quinto Tribunal Colegiado del Primer Circuito. Hace una diferenciación entre la norma susceptible de ser aplicada y la parte procesal de su aplicación. En cuanto a la norma susceptible de ser aplicada, la labor del juez es: "*Determinar la calidad del derecho extranjero….. [y respecto de la parte procesal]* si corresponde a su aplicación de oficio o si solamente debe ser judicialmente aplicado cuando ha sido alegado y debidamente probado por las partes;. Como se aprecia, no obstante que la reforma en materia de DIPr en México data de hace 26 años, un tribunal de máxima jerarquía en el sistema federal aun tiene dudas de como aplicar el derecho extranjero.

***IV.-** Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deberán resolverse necesariamente de acuerdo con el derecho que regule a esta última; y*

Como se expresa en tal disposición, **las cuestiones *previas o incidentales*** pueden tener una conexión autónoma o idependiente del derecho que rige la cuestión principal. Consideranse dos ejemplos.

***Primero**. Cuando se explico el concepto de la cuestión preliminar se dio un ejemplo de un juez colombiano que habia aplicado el derecho mexicano a la sucesión (*cuestión principal) ***de una persona fallecida y domiciliada en México, cuyos bienes se encontraban en Colombía**. Ahí se menciono **que la cuestión preliminar aparecia la legitimidad de uno de los futuros herederos se había puesto en entredicho y como el juez colombiano debía resolver la legitimidad de la adopción de ese futuro heredero (cuestión previa) antes de proseguir con la sucesión**. Precisamente en ese punto, ante el mismo juez existe una disyuntiva: para resolver la legitimidad de la adopción, ¿debe aplicar el derecho mexicano, incluidas sus reglas de conflicto en tanto derecho aplicable a la cuestión principal? O con base en una conexión autónoma e independientemente, ¿resolver de otro modo, como seria mediante la aplicación del derecho relacionado con la adopción?*

***Segundo.** Ante un juez federal se presenta una demanda por incumplimiento de contrato comercial celebrado en **El Salvador**, en la cual las partes designaron el derecho de ese país como aplicable (**cuestión principal**); sin embargo, en el juicio resulta que una de las partes domiciliada en **Costa Rica no tenía la capacidad** para*

celebrar ese contrato (cuestión previa o preliminar). Así, habrá que resolver la cuestión de ***capacidad*** *para luego solucionar lo relativo al incumplimiento. En este punto, el juez federal tiene* ***dos opciones****:* **aplicar el derecho salvadoreño designado por las partes en el contrato, para resolver la cuestión prevía, o sea, la capacidad**; o **bien, aplicar el derecho costarricense como derecho personal de una de las partes en virtud de su domicilio, para resolver la cuestión previa** ***(capacidad)****. En ambos casos el juez resolverá la cuestión previa, pero en el primero aplicará el derecho atingente a la cuestión principal (contrato), mientras que, en el segundo, mediante una conexión autónoma aplicará el derecho personal a la capacidad que es, en última instancia de forma correcta de resolver este caso.*

V. *Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, éstos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias* ***de la equidad en el caso concreto***. Lo dispuesto en el presente artículo se observará cuando resultare aplicable el derecho de otra entidad de la Federación.

En dicha disposición se distinguen los aspectos siguientes:

a) *En el primero se recoge una propuesta de la filosofía de Henri Batiffol (1965) sobre la necesidad de coordinar los diversos sistemas jurídicos en presencia para resolver armónicamente los objetivos de cada derecho. Este mandato al juez es esencial: mantener una actitud abierta para lograr mayor justicia, pero, sobre todo, aplicar armónicamente los derechos en presencia.*

b) *Relacionado con lo anterior, la segunda parte de la disposición—aunque vinculada con ideas anglosajonas—indica que el juez debe resolver este tipo de problemas con equidad. En cada caso.*

c) *En esta disposición se prevé que un contrato pueda estar regido por distintas leyes, lo que la doctrina francesa llama el dépecage y que se ha traducido de forma incorrecta como* ***"el descuertizamiento del contrato****". Para ejemplificar lo establecido en esta disposición tengamos en cuenta la situación siguiente*:

> *Supongase que una persona de* ***18 años de edad firmó un titulo de crédito en Panamá,*** *donde la edad mínima para ser capaz legalmente de* ***contraer una obligación crediticia es de 21 años****; sin embargo, en dicho titulo de crédito se especificó que debe* ***pagarse en Guatemala****, donde la edad para contraer este tipo de obligaciones* ***es de 18 años****. Debido a que el obligado o girador tiene bienes en México, el tenedor del titulo, ante el incumplimiento de aquel, presenta al juez mexicano una acción ejecutiva.*

> *Dicho juez tiene ante si una ley aplicable,* ***la del lugar de la emisión del titulo que lo*** *invalidan, y la otra,* ***la del lugar del pago que la valida****. En una misma relación, regulada por derechos diversos, el juez habrá de buscar la finalidad perseguida en cada derecho en la materia, y ambos indicaran que este tipo de obligaciones se contraen para cumplirse. En ese caso, el juez aplicará la ley guatemalteca, que valida el titulo de crédito, y al tenedor del titulo otorgará acción ejecutiva contra los bienes del girador u obligado; se estará cumpliendo así con el principio favore negotti (a favor del negocio).*

Aun en la fase de aplicación del derecho extranjero, el art, 15 del CCF indica al juez **cuales son los dos supuestos** conforme a los que no se debe aplicar el derecho extranjero y, por tanto, resolver el caso planteado de acuerdo con su propio derecho: *el fraude a la ley y el orden público.* La fracc. I de la citada disposición establece:

> **I.** *Cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión; y*

A partir de lo transcrito se puede comentar lo siguiente: cuando una de las partes o ambas, voluntariamente, hayan utilizado o manipulado los puntos de *contacto* en su provecho para evadir principios fundamentales del derecho mexicano y obtener por ese medio un resultado que de otra manera no hubiera podido obtenerse, estamos frente *al fraude a la ley. Considérense dos ejemplos.*

> ***Primero.*** *De acuerdo con el CCDF, que tiene una disposición idéntica, para celebrar una adopción se requiere ser mayor de 25 años y estar libre de matrimonio (art. 390). Debido a esta limitación, una persona domiciliada en el Distrito Federal y con con una edad menor que la requerida constituye su domicilio en alguna otra entidad de la República o en un país extranjero, cuyo derecho no establezca esta limitación, y adopta. Posteriormente, pretende que en el Distrito Federal le sea reconocida esa adopción. En el Registro Civil se podría rechazar el registro fundado en el fraude a la ley.*

> **Segundo.** *En el Código Civil esta prohibido, bajo pena de nulidad, convenir de antemano en* ***el contrato de mutuo que los intereses se capitalicen y produzcan intereses****. Si dos personas domiciliadas en el Distrito Federal celebran un contrato de mutuo y para evitar esta prohibición someten su contrato a un derecho diferente que no contenga esta prohibición y luego lo someten a un juez del Distrito Federal, este podrá decidir la falta*

de validez del contrato, basado en que se ha cometido fraude a la ley del Distrito Federal.

El Cuarto Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, en una sentencia, señala que los elementos definitorios del fraude a la ley son: **1.** Una norma jurídica de cobertura a cuyo amparo el agente contravendrá otra norma o principio. **2.** Una norma principio o valor jurídicos que rigen o delimitan a la norma de cobertura. **3.** La existencia de ciertas circunstancias de la aplicación de la norma 1, que revela la evación de 2".

II.- Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios *a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano.*

De tal disposición pueden derivarse dos situaciones:

1. *El juez se encuentra ante una disposición de derecho extranjero susceptible de aplicarse, que resulta contraria a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano y, por tanto,* ***rechaza la aplicación de esa disposición; por ejemplo, un juez mexicano no aplicará una disposición de derecho extranjero que en un contrato de promesa de compraventa sobre un bien ubicado en México permita que sea objeto de compraventa entre los mismos contratantes*** *(art. 2302, CCF), debido a que esto se considera* ***pacto de retroventa****, prohibido por el derecho mexicano*.
2. *En el párrafo anterior se alude a la posibilidad de aplicar una disposición de derecho extranjero pohibida por el derecho mexicano y que, por tanto, es rechazada conforme al orden público mexicano. Se trata de una decisión que debe tomar el juez acerca de una disposición susceptible de aplicarse; sin embargo, la contrariedad al orden público puede surgir no por el contenido de la disposición susceptible de aplicarse, sino porque el resultado de su aplicación pueda ser contrario al orden público mexicano en otras palabras: en el primer caso es una constatación de que la disposición contiene elementos contrarios al orden público, y en el segundo, sin que dicha disposición contenga elementos contrarios, porque su aplicación generaría consecuencias que si lo fuesen; por ejemplo, la compraventa es un contrato permitido y regulado por la ley, pero si en un contrato de esa naturaleza, celebrado de conformidad con el derecho extranjero, se establece la venta de un producto de consumo necesario a un comprador mexicano, con la condición de que este lo concentre o lo acapare para mantener un precio, o que se fije la obligación de que el comprador establezca en ese producto precios superiores a los precios oficiales establecidos. La contrariedad*

surgida no por el contenido de la disposición (compraventa), sino porque su aplicación sería contraria al orden publico mexicano, que regula con carácter de orden público los productos de consumo necesario, y estaría afectando también disposiciones de orden público como las de competencia economica, que combaten los monopolios y las practicas contrarias a los mercados.

Disposiciones en materia de domicilio.

Como ya se mencionó, el sistema del DIPr para determinar el derecho aplicable al ***estado civil y capacidad de las personas***, en materia federal, ***se rige por el domicilio*****;** de esta manera, dicho concepto cobra una importancia fundamental. Antes de comentar las disposiciones correspondientes, se hará breve referencia al concepto del domicilio en sus concepciones interna e internacional, y en esta última se ubicará al domicilio en materia del DIPr.

Concepto de domicilio.

El derecho interno y el DIPr tienen por objeto regular cuestiones comunes. En su proceso de reglamentación, debido precisamente al planteamiento de dichas cuestiones, las diferencias aparecen; por tanto, un sistema jurídico debe otorgar diferente tratamiento a situaciones diversas. Así, en el ámbito interno, cada derecho establece de manera distinta una serie de regulaciones que deben cumplirse para obtener *el domicilio*; en cambio, en el ámbito internacional es suficiente cierta integración del individuo en el país donde se encuentre establecido. En última instancia, en ambos casos se trata de funciones diferentes.

En el derecho internacional privado, la función principal del domicilio es referir cierta relación de derecho a un sistema jurídico determinado, sin tener en cuenta, como se hace en el derecho interno, una serie de condiciones determinadas previamente. De ahí que, a partir de 1955, en la *Conferencia Permanente de La Haya en Materia de DIPr,* se haya adoptado el concepto *de la residencia habitual*.

De acuerdo con Bernard Schneider, los autores alemanes plantean que *la residencia habitual interna* y la *residencia habitual internacional* responden a necesidades demasiado diferentes para tener el mismo contenido; dicho de otra manera: son nociones divergentes. En derecho interno, la residencia habitual es, según el caso, un nexo más o menos territorial *(como el domicilio)*; en **el derecho internacional, la residencia habitual desplaza al domicilio, al que se le parece bastante, para**

convertirse en un concepto de carácter funcional. En este sentido, Batiffol, luego de aceptar que mediante un concepto de esta naturaleza se parte de una realidad, afirma que el domicilio corresponde a un hecho del cual la ley deriva consecuencias.

En el ámbito internacional, se puede considerar que una persona reside habitualmente en cierto país sin que haya cumplido con los requisitos internos para adquirir el domicilio correspondiente. Esto es practico en la medida en que el juez del foro tiene un amplio margen de apreciación. La intención y el tiempo son factores que pueden ternerse en cuenta de manera indistinta. Veamos ahora los artículos correspondientes en el CCF.

Domicilio en el CCDF y CCF.

> **Artículo 29.**- El domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente, y a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de éstos, el lugar donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar donde se encontraren.
>
> Se presume que una persona reside habitualmente en un lugar, cuando permanezca en él por más **de seis meses.** (REFORMADO, D. O. F. 7 DE ENERO DE 1988).

En dicha disposición se recogen los elementos esenciales de la residencia habitual; la simple constatación de su residencia y la presunción—temporal de su intención de residir habitualmente en un lugar. Así, el elemento de hecho tiene preponderancia sobre cualquier otra consideración de carácter subjetivo, pues si todavía no puede determinarse el elemento temporal, se recurrirá en segunda instancia a otro criterio del todo fáctico: "***lugar del centro principal de sus negocios***", y si no es posible determinar este, quedarán otros ***dos criterios* aún má**s fácilmente constatables: ***lugar de simple residencia o lugar donde se encuentre***. Esta concepción realista. Se complementa con lo establecido en *el art. 32 del CCF,* el cual dispone: **"*Cuando una persona tenga dos o más domicilios se le considerará domiciliada en el lugar en que simplemente resida, y si viviere en varios, aquel en que se encontrare.*"** (REFORMADO, D. O. F. 7 DE ENERO 1988).

Respecto del domicilio legal establecido por el CCF, no merece comentario, pues su formulación detallada hace obvia cualquier explicación; sin embargo, señalamos que se trata de una regla de conflicto con puntos de contacto subsidiarios que se consultarán en la medida en que los primeros no se den en el supuesto de hecho.

> **Artículo 30.-** *El domicilio legal de una persona física es el lugar donde la ley le fija su residencia para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente.* (REFORMADO, D. O. F. 7 DE ENERO 1988).

Artículo 31.- Se reputa domicilio legal:

I. (Se deroga). Fracción derogada DOF 03-06-2019

II. Del menor de edad que no esté bajo la patria potestad y del mayor incapacitado, el de su tutor;

III. En el caso de menores o incapaces abandonados, el que resulte conforme a las circunstancias previstas en el artículo 29;

IV. De los cónyuges, aquél en el cual éstos vivan de consuno, sin perjuicio del derecho de cada cónyuge de fijar su domicilio en la forma prevista en el artículo 29;

V. De los militares en servicio activo, el lugar en que están destinados;

VI. De los servidores públicos, el lugar donde desempeñan sus funciones por más de seis meses;

VII. (DEROGADA, G.O. 25 DE MAYO DE 2000).

VIII. (DEROGADA, G.O. 25 DE MAYO DE 2000).

IX. De los sentenciados a sufrir una pena privativa de la libertad por más de seis meses, el lugar en que la extingan, por lo que toca a las relaciones jurídicas posteriores a la condena; en cuanto a las relaciones anteriores, los sentenciados conservarán el último domicilio que hayan tenido.

Disposiciones en materia de personas morales extranjeras de naturaleza privada.

Mediante estas disposiciones se reconoce la continuidad jurídica de los actos que crearon a estos entes o sociedades en otros países y se pone énfasis especial en· la distinción respecto de los entes o sociedades de derecho público, los cuales se encuentran regulados de forma distinta.

Artículo 25.- Son personas morales:

VII. *Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736*.

Articulo. 28.- *Las personas morales se regirán por las leyes correspondientes, por su escritura constitutiva y por sus estatutos*.

Articulo 28 bis derogado.

> ***Artículo 2736***.- *La existencia, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, funcionamiento, transformación, disolución, liquidación y fusión de las personas morales extranjeras de naturaleza privada se regirán por el derecho de su constitución, entendiéndose por tal, aquél del estado en que se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas.*
>
> *En ningún caso el reconocimiento de la capacidad de una persona moral extranjera excederá a la que le otorgue el derecho conforme al cual se constituyó.*
>
> *Cuando alguna persona extranjera de naturaleza privada actúe por medio de algún representante, se considerará que tal representante, o quien lo substituya, está autorizado para responder a las reclamaciones y demandas que se intenten en contra de dicha persona con motivo de los actos en cuestión.*

En dicha disposición se adopta un criterio formal, que suele ser simple y seguro para resolver los problemas de ley aplicable, pues *el* ***lugar de constitución*** es siempre cierto. De esta ley se derivan todos los aspectos que el artículo señala. Al mismo tiempo, la ley aplicable es la limitante para la persona moral de acuerdo con el párrafo 2 de la disposición citada.

Por ultimo, el principio según el cual el representante de la persona moral es el responsable jurídicamente de la misma, deriva de un principio formulado por la jurisprudencia francesa a principios del siglo XX: el de *las gares principales (Corte de Casación, 15 de junio de 1909).* La Suprema Corte de Justicia de México ya se había pronunciado 36 años antes en este mismo sentido sin que, desfortunadamente, haya tenido repercusión exterior alguna (Ejecutoria, 13 de diciembre de 1873).

El principio general consiste en reconocer la continuidad de los actos de creación de estos entes, pero limitados a los que sus propios actos de creación dispongan y a las restricciones que en cada actividad establezcan las leyes mexicanas.

Otros ordenamientos en materia de DIPr.

Para concluir este capitulo, se estudiarán otras disposiciones relevantes en materia de DIPr, en el sistema jurídico positivo mexicano, establecidas antes de la reforma de 1988. Se trata básicamente de dos tipos de disposiciones:

1. En materia de sucesiones, establecidas en el CCF.
2. Las disposiciones contenidas en el capitulo VII del Titulo Primero de la *Ley General de Titulos y Operaciones de Crédito.*

Código Civil Federal.

El articulo 1593 del CCF establece la siguiente disposición acerca de los testamentos hechos en país extranjero: **"*Los testamentos hechos en país extranjero producirán efecto en el Distrito Federal* cuando hayan sido formulados de acuerdo con las leyes del país en que se otorgaron".**

Como se advierte, esta regla de conflicto indica al juez que deberá remitirse al derecho extranjero para saber si el testamento fue formulado de conformidad con ese derecho. Ahora bien, según lo establecido en el actual art. 13, fracc. II, del propio CCF, y como se vio anteriormente, las cuestiones relativas al estado civil –como las sucesiones y la capacidad para testar—se determinan de acuerdo con *el derecho* ***del lugar del domicilio*** *del testador.*

Así el juez constatará, según la ley extranjera, los requisitos ***esenciales de forma y,*** *conforme a la ley del domicilio del testador,* las cuestiones de **f*ondo: su capacidad para testar y las condiciones relativas a la sucesión.***

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

El capitulo VII, Titulo Primero, de la LGTOC establece una serie de disposiciones en materia de DIPr, a las que se hará referencia más adelante.

> **Artículo 252.-** *La capacidad para emitir en el extranjero títulos de crédito o para celebrar cualquiera de los actos que en ellos se consignen, será determinada conforme a la ley* ***del país en que se emita el título o se celebre el acto****.*
>
> *La ley mexicana regirá la capacidad de los extranjeros para emitir títulos o para celebrar cualquiera de los actos que en ellos se consignen, dentro del territorio de la República.*

Como se observa, en el párrafo 1 de la disposición anterior la regla de conflicto ahí establecida declara aplicable el **principio *locus regit actum* para el *fondo***, con el cual se diferencia de lo establecido por el art. 13, fracc. II, del CCF, al que se ha hecho referencia, pues como se recordará en este la ***capacidad es regulada por el derecho del domicilio* de la persona**. La explicación consiste en que, respecto de los títulos de crédito, por su circulación es más confiable un principio de esa naturaleza, pues a quien se le emite un titulo de crédito no esta en condiciones de conocer la ley que rige el

estatuto personal del emisor, sino que simplemente puede conocer la ley del lugar donde se realiza tal acto para saber si los actos consignados en el título son válidos.

En el párrafo 2 se recoge el mismo principio establecido en el párrafo 1 comentado, pero en este caso la ley mexicana será aplicable, no importa cual sea la ley que rige la capacidad del extranjero dentro del territorio de la República.

> **Artículo 253**.- *Las condiciones esenciales para la validez de un título de crédito emitido en el extranjero y de los actos consignados en él, se determinan por la ley del lugar en que el título se emite o el acto se celebra.*
>
> *Sin embargo, los títulos que deban pagarse en México son válidos, si llenan los requisitos prescritos por la ley mexicana,* ***aun cuando sean irregulares conforme a la ley del lugar*** *en que se emitieron o se consignó en ellos algún acto.*

El párrafo 1 de esta disposición es acorde con el primero del art. 252 comentado en lo relativo a la validez de las demás condiciones –aparte de la capacidad del emisor---que la disposición citada engloba bajo el concepto genérico de *condiciones esenciales para la validez.* Lo mismo sucede con el párrafo 2 del articulo aludido cuando deba pagarse en México; incluso, como se indica, el titulo se convalida de conformidad con la ley mexicana, de acuerdo con el principio que ya mencionamos, generalmente reconocido en materia mercantil como el ***favore negotti****. (En favor del Negocio).*

> **Artículo 255.-** *Los títulos garantizados con algún* ***derecho real sobre los inmuebles*** *ubicados en la República, se regirán por la ley mexicana* ***en todo lo que se refiere a la garantía.***

Como se observa, esta disposición se funda en el principio *lex rei sitae* en cuanto a la garantía, por ser la ubicación del inmueble un punto de *contacto predominante.* Se prevé una especie de *"nacionalización"* del derecho aplicable a la relación jurídica por lo que se refiere a la garantía sobre los bienes inmuebles.

> **Artículo 256.-** *Los plazos y formalidades para la presentación, el pago y el protesto del título se regirán por la ley del lugar en que tales actos deban practicarse.*

El principio básico en materia de títulos de crédito, ***locus regit actum****,* comentado anteriormente, vuelve a aparecer en esta disposición que, como se mencionó, otorga mayor seguridad y predictibilidad a transacciones mercantiles de este tipo.

> **Artículo 257.-** *La adopción de las medidas prescritas por la ley del lugar en que un título haya sido extraviado o robado, no dispensan al interesado de tomar las medidas prescritas por la presente ley, si el título debe ser pagado en el territorio de la República.*

Dada la naturaleza internacional de la transacción mercantil del título de crédito, es requisito tomar medidas en ambos lugares de ***pérdida y lugar de pago.***

> **Artículo 258.-** Se aplicarán las Leyes mexicanas **sobre prescripción y caducidad *de las acciones derivadas de un título de crédito****, aun cuando haya sido emitido en el extranjero, si la acción respectiva se somete al conocimiento de los tribunales mexicanos*.

Tal disposición se relaciona directamente con la jurisdicción, por lo cual es indispensable que los jueces y tribunales mexicanos tengan un punto cierto de partida en materia de *prescripción y caducidad.* Pero al mismo tiempo se está indicando con esa disposición que *prescripción y caducidad son dos instituciones que se consideran de orden público en México,* al aplicarse de manera forzosa en los casos en que deban decidirse derechos ante un juez mexicano en torno a dichas instituciones, sin importar la ley aplicable a la emisión del título.

Un problema que puede aparecer en este caso es si la ley de emisión del título o de celebración del acto consignado en él no establece *caducidad ni prescripción* alguna, en cuyo caso y de acuerdo con el sentido del art. 14, fracc. III, del CCF el juez o el tribunal mexicano aplicará la *prescripción o caducidad* establecida para títulos de **crédito análogos**.

Capítulo 11. México en el derecho convencional internacional.

11.1 Los tratados y las convenciones internacionales en el sistema jurídico mexicano.

Este es un tema que tradicionalmente se ha estudiado en el derecho internacional público, pero el incremento de tratados en el ámbito del DIPr ha vuelto importante analizar la manera en que los tratados se vinculan al sistema jurídico mexicano, porque dependiendo del tipo de incorporación tendremos consecuencias jurídicas diferentes, de ahí el interés del DIPr por conocer la forma de creación normativa a través de *fuentes tan relevantes como los tratados y convenios internacionales.*

Asimismo, para fines del DIPr nos interesa conocer de qué naturaleza son los efectos jurídicos del tratado o convenio en el sistema mexicano. El DIPr se interesa fundamentalmente en la persona *(física o moral)* de ahí que se analice del tipo de interpretación que se les dé por los tribunales nacionales y por los árbitros, sobre todo porque se trata de relaciones privadas donde una mínima diferencia en la naturaleza de los efectos puede tener consecuencias distintas, como tendremos oportunidad de constatar a lo largo de este capítulo. De hecho, la fuente *convencional internacional es* la más importante en México en materia de DIPr.

Como hemos señalado, el dispositivo constitucional que establece las bases para que los *convenios y tratados internacionales* se incorporen al sistema jurídico mexicano es el contenido en el art. 133, que ya mencionamos y que dispone lo siguiente:

> *Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.*

Además de establecer la jerarquía normativa en el sistema jurídico mexicano, esta disposición define el nivel en el cuál deben considerarse los tratados respecto del resto de la normatividad. Las tesis de la Suprema Corte de Justicia sobre la jerarquía de los tratados en esta disposición pueden resumirse en *tres direcciones:*

1) *Se Afirma el concepto del dualismo jurídico conforme el cual el derecho interno no está supeditado al derecho internacional, pero se conoce la existencia de este.*
2) *Se ubica a los tratados por encima de las leyes del Congreso.*
3) *Se confirma la procedencia del juicio de amparo en tanto medio de control de la legalidad respecto de los tratados internacionales.*

Según Verdross, el dualismo se fundamenta en el principio de que el orden jurídico interno y el orden jurídico internacional *son ordenamientos distintos* porque cuentan con *fundamentos de validez y destinatarios diferentes*. Posición natural para México, por tener una historia plagada de agresiones dé potencias imperiales a lo largo de los dos últimos siglos; con frecuencia, dichas potencias trataron de justificar sus agresiones en el "*derecho internacional*" que ellas mismas habían creado.

A pesar de que la situación ha cambiado, el recuerdo de esos acontecimientos sigue latente, como lo revela la posición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que ubica los tratados por encima de las leyes del Congreso, pero supeditados a la Constitución y sujetos al juicio de amparo por posibles disposiciones inconstitucionales.

De esta manera, Tena Ramirez confirma la interpretación de Rabasa en el sentido de que el art. 133 constitucional, a partir de la reforma de 1934, adopta una postura monista: es importante trasladar las facultades ahora únicas del Senado para ratificación de Tratados al Constituyente Permanente. Esta postura, que es interesante, indica la forma en que debe reforzarse la incorporación de los tratados a la Constitución para convertirlos en ley suprema. Por la forma como esta redactado el texto constitucional y de acuerdo con las opiniones que hemos citado, el tratado adquiere valor jerárquico igual a la Constitución, siempre y cuando el tratado no sea contrario a esta y además este ratificado por el Senado.

Como lo indicamos, se trata de un análisis estricto de la Constitución, de la jerarquía de leyes y de competencias en el sistema constitucional mexicano; sin embargo, margina –en nuestra opinión, en exceso—el elemento internacional. Critica el autor que el voto de la mayoría en la SCJN se base en argumentos como ***"un mundo globalizado"*** **y la "*existencia de ciertos principios de Derecho Internacional"*** para llegar a la conclusión de que los tratados se les debe colocar por encima de las leyes federales y debajo de la Constitución.

La realidad interna cambió a partir de 1986 con la apertura económica, para convertir al país en un Estado cada día más vinculado al mundo. Apertura que, por otro lado, ha transformado al sistema jurídico mexicano y que no podemos soslayar. Hoy, grandes sectores del sistema jurídico mexicano se componen de regulación internacional incorporada como **son: *el medio ambiente, la energía, las telecomunicaciones, el sistema de bolsa y en general el financiero, el comercio exterior, la competencia económica y el arbitraje comercial internacional,* entre otros**.

Cuando se redactaron las constituciones de 1857 y de 1917, la realidad internacional no estaba presente como lo está ahora. En estas condiciones, una disposición como la del art. 133 constitucional puede ser interpretada, como lo hace el ministro, desde una perspectiva interna que además se hace de forma clara, pero también caben otras interpretaciones, entre ellas la internacional. Al aceptar con su voto en dos ocasiones la existencia de un nivel intermedio, el de los tratados, la mayoría de ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación han optado por la *interpretación internacional*. Es importante este reconocimiento de una realidad internacional abrumadora porque ignorarla sería retroceder en la apertura que ya se ha operado extensamente en el sistema jurídico mexicano, y que seguirá desarrollándose. Esta apertura ha beneficiado

al país, por ejemplo, *casi ha cuadruplicado su comercio exterior con Estados Unidos mediante el Tratado de Libre Comercio de América del Norte* (TLCAN ahora T--MEC), en los últimos 20 años. Esta dinámica que ha transformado y en algunos casos arrinconado disposiciones constitucionales obsoletas, como la de la fracc. I del art. 27 constitucional, que se refiere a la "*Cláusula Calvo*" o la zona restringida en playas y fronteras. El TLCAN fue, después de la apertura, otro giro de tuerca al sistema jurídico nacional y hay que entenderlo en su justa dimensión. Este tratado ha sido seguido por más de 26 tratados bilaterales sobre inversiones ratificados por México, que establecen tribunales internacionales para la solución de controversias en materia de inversión.

El problema de las competencias establecidas por el art. 124 se arregla de diferentes maneras. Como esta disposición se refiere a los limites de las *"facultades" de los funcionarios federales,* el tratado, como ley nacional o general, delega –por ejemplo, en materia familiar—las facultades de su cumplimiento tanto en funcionarios judiciales federales como locales gracias a la competencia concurrente que existe entre esos dos órganos de gobierno; de esta manera, el equilibrio de las competencias no se afecta. El tratado requiere una aplicación generalizada en el país por diferentes razones: se trata de normas novedosas que establecen instituciones como lo fueron en el pasado ***"la adopción plena",*** que gracias a los tratados la adopción fue introducida en varias legislaturas estatales, o bien, **"*el desplazamiento ilícito de menores por uno de sus padres".*** Se trata **de *derechos humanos*** *y,* por tanto, susceptibles de ser regulados en todo el país de manera uniforme, ya que, como lo hemos dicho, su aplicación es realizada todos los días por funcionarios tanto federales como locales. Pensar en una ley general, ya ha dejado de ser descabellado. En 2013, al menos dos leyes fueron dictadas modificando la Constitución, para que fueran aplicadas de manera general en todo el país, creando así un precedente que de hecho modifica la dualidad de ámbitos federsl y local, planteados por el art. 124 contitucional.

El importante sistema de las competencias cede ante un bien supremo como lo es el de los *derechos humanos*, pero al final ese sistema de competencias no queda afectado porque activa las facultades de funcionarios en ambos sistemas. De manera semejante, en tratados internacionales en materia de comercio su aplicación da lugar a la **competencia *concurrente de tribunales federales o locales*,** con lo que tampoco se afecta el sistema de competencia del art. 124 constitucional. Se trata de una competencia funcional y no de valores o estructura y por eso debe ser flexible.

Además, una aplicación generalizada del tratado y de sus leyes aplicativas evita que por ignorancia o temor algunos jueces no apliquen el tratado, como lo demuestra la experiencia a lo largo de los últimos años, y por ese solo hecho México deja de cumplir con sus obligaciones internacionales. No habiendo sido prevista en el art. 124 una competencia diferente a las establecidas, la SCJN tiene facultades de interpretación

para crearla. La Constitución debe ser un documento orgánico actualizado y no ser, en el tema que nos ocupa, el recipiente de normatividad que por su obsolescencia debe modificarse o desaparecer. La Constitución debe ser un órgano vivo como la sociedad mexicana, para el cual está diseñado, y no una camisa de fuerza.

La afirmación del Ministro Cossío en el sentido de que se debe realizar una ***"interpretación sistematica y armonica de la Constitución no de la integración de tendencias internacionales"****,* si bien es exacta en su primera parte, en **la segunda** no toma en cuenta que desde su origen nuestras constituciones integraron "*tendencias internacionales",* como lo fueron los principios revolucionarios franceses de ***"Libertad, Igualdad y Fraternidad"****,* y en la época actual los conceptos de "***derechos humanos", "sistema ecológico", "derechos de los pueblos indígenas",*** *y* muchos más que han sido introducidos en la Constitución precisamente a causa de "*tendencias internacionales",* que han sido integradas en la Constitución.

En lo que concierne a las opiniones de los internacionalistas, Cesar Sepulveda estima que la practica mexicana en materia de tratados.

…..revela que no ha existido ninguna norma que trate de limitar el cumplimiento de un tratado internacional, ni la jurisprudencia mexicana se ha encaminado, en caso alguno, a colocar a la Constitución por encima de los tratados…..invariablemente los Estados se preocupan por no aparecer como violadores frente a otros Estados, y se han sentido obligados, además, a proporcionar, en su ley fundamental, normas para garantizar la supremacía del derecho internacional. Es claro que al irse logrando una integración mejor y más universal de la comunidad jurídica internacional, tal supremacía se afianzará más.

Desde otro ángulo, Loretta Ortíz Ahlf sostiene que el Presidente de la Repúlica, al celebrar un tratado internacional, ***"realiza funciones legislativas limitadas entre otros artículos por el 15 y 18 de la Constitución, y en este caso únicamente le corresponde al Senado vetar o no el tratado. Dichos tratados son de aplicación general en todo el territorio nacional, de manera que les corresponde el rango de leyes nacionales"****.*

Considerar a los tratados con ese carácter contribuye a aclarar el problema que se suscita entre los ámbitos de aplicación y de creación normativa previstos en México, que **son el *local, el federal, y el municipal.***

Hay otros criterios de internacionalistas; así, por ejemplo, Ruperto Patiño Manfer sostiene que el presidente no puede negociar tratados que sean contrarios a las leyes ordinarias nacionales, ya que la modificación o abrogación de estas es facultad

exclusiva del Congreso; de otra forma, equivaldría a aceptar que el presidente, con la sola aprobación del Senado, se constituya "*en una especie de legislador unipersonal irregular".* Agrega que en el caso de Estados Unidos de América y tomando como base el art. 6° de la Constitución que se comenta, el presidente estadounidense *"no puede llevar a cabo ninguna negociación internacional que involucre materias que se han encomendado en forma exclusiva al Congreso Federal",* si no llega a un acuerdo "*congresional*" que lo permita.

De la postura anterior parecen disentir Emilio O. Rabasa y Manuel Becerra. *El primero* sostiene que no hay oposición entre el tratado y las leyes nacionales, ya que en virtud del principio de que la *norma posterior deroga a la anterior*, el tratado prevalecería sobre dichas leyes; sin embargo, el autor alerta sobre el posible conflicto que señala Patiño Manfer y recomienda que las leyes nacionales que se opongan al tratado deberán ser derogadas previamente por el Congreso. Ello equivale a admitir, según lo expresado por el autor, que el Congreso debe intervenir, aunque sea de manera previa, en este caso. Por otro lado, el argumento de Rabasa de que la "*norma posterior deroga a la anterior",* es aplicabe en materia de tratados respecto de las leyes nacionales, pero no es correcta en nuestra **opinión porque *los tratados y las leyes nacionales tienen fuentes y orígenes distintos*, además** de que su incorporación al sistema jurídico nacional es diversa: a **los primeros los aprueba solo el Senado**; a las **segundas, el Congreso, y hay tratados que contienen materias como la civil que son de la competencia de los Estados.** En consecuencia, para los efectos, la naturaleza del tratado en México, como señala Ortíz Ahlf, debe ser el de leyes nacionales, a las cuales no pueden derogar leyes federales o estatales posteriores porque eso equivaldría a que México faltara a las obligaciones contraídas con otros Estados.

Loretta Ortíz Ahlf y Fernando Vazquez Pando señalan:

> *Los problemas derivados de la diversa regulación prevista en el tratado y en una ley son susceptibles de ser resueltos acudiendo a un análisis de los ámbitos de válidez de las normas respectivas, según el cual las disposiciones del tratado se presentan como normas especiales aplicables en ciertos casos o a ciertos sujetos, en tanto que las leyes internas se presentan como normas generales aplicables a todos los casos no regulados por una normatividad especial.*

Después de derivar el carácter de norma especial del tratado que, por otro lado, plantea una solución en la diferencia que suscita la aplicación normativa local y federal, para los efectos de su validez ---nos dicen los autores---basta la simple constatación de la congruencia del tratado o la convención internacionales con la Constitución. Como puede observarse, esta idea abre un espacio importante para la reflexión. Si, como los

autores afirman la materia que regula el tratado no está prevista por la Constitución, es suficiente que no exista contradicción entre el tratado y la Ley Fundamental. En ese trabajo sostenemos lo siguiente: por lo general, los tratados internacionales se refieren a materias previstas en la Constitución, pero puede suceder que regulen materias no previstas en la misma *(lo que hoy en día es frecuente).* La pregunta en este caso es*: ¿puede el Ejecutivo celebrar este tipo de tratados? En nuestra opinión, la* respuesta es afirmativa: *se puede celebrar todo tipo de tratados a condición de que no sean contrarios y sean coherentes con la Constitución,* de acuerdo con la formula del art. 133.

Si el tratado es admitido en el plano constitucional del sistema jurídico mexicano, provoca una "***ampliación"*** de la experiencia normativa de la propia Constitución en una serie de cuestiones de origen internacional, previstas o no por la propia Ley Fundamental. Con ello, a nuestro entender, se cumplirá el deseo del Constituyente que, al saber que no podría preverlo todo, con sabiduría dejo abierta esta vía de "***adición"*** de nuestra Carta Magna.

Sin embargo, ***"ampliación"* o *"adición"*** a la Constitución equivalen a las adiciones o reformas previstas en el art. 135 constitucional, que es la única disposición expresa que regula como se deben llevar a cabo. Aquí la pregunta sería: *¿es el art. 135 constitucional la única vía prevista por el Constituyente de 1917 para adicionar y reformar la Constitución?* Si la respuesta es afirmativa, la argumentación antes expresada no sería valida, al menos en el nivel de la Constitución mexicana. Si, por el contrario, cabe la posibilidad de otra vía de reforma, esta será, sin lugar a dudas, la establecida por el art. 133 constitucional. Si esta afirmación es aceptada, aunque en principio, cabría entonces hacerse eco de algunos de los autores citados anteriormente, de acuerdo con los cuales la figura del presidente en funciones legislativas debe ser complementada con la participación ya no solo del Senado, sino de la Camara de Diputados, es decir, del Congreso de la Unión, ya que se estaría modificando a la Constitución por vía de adición, de tal manera que diera lugar a una alternativa diversa de la planteada por el Constituyente Permanente en el art. 135.

Cabe distinguir tres niveles de vinculación a través de ***acuerdos, convenios, y tratados internacionales. El primero*** no fue modificado el orden jurídico interno y solo tiene por objeto ampliar y fortalecer las relaciones internacionales de México. ***El segundo*** nivel produce modificaciones legislativas y **el *tercero***, además de las modificaciones legislativas, provoca alteraciones en los principios constitucionales. En el *primer nivel* se encuentran los *acuerdos o convenios de* cooperación técnica y científica o de cooperación cultural; también pueden considerarse en este nivel los *acuerdos de cooperación en áreas como la* ***investigación policiaca, devolución de vehículos robados y arreglos de tipo fronterizo,*** *hasta* llegar a *convenios* más

complejos como los que evitan la *doble tributación internacional.* Por otra parte, el presidente de la República celebra algunos de estos convenios sin presentarlos a la aprobación del Senado. Se trata de *convenios* que la práctica internacional conoce como ***acuerdos ejecutivos o executive agreements,*** pero que nuestra Constitución no reconoce, por lo que habría que hacerla acorde con esa realidad y, en este sentido, un nuevo dispositivo constitucional autorizaría al jefe del Poder Ejecutivo a celebrar estos convenios de manera directa.

El *convenio o el tratado* modifican la legislación interna, incluido el sistema jurídico de los Estados. Se trata de una práctica que debería ser conocida y aprobada por el mismo órgano que emite las leyes o las modifica, es decir, el Congreso de la Unión. No es el mismo procedimiento de aprobación de una ley, por lo que dicha aprobación podría tener sus propias características. Podría tratarse, por ejemplo, de que una comisión de la Camara de Diputados estudiaría el proyecto del *convenio o del tratado internacional* y su informe fuese sometido al Pleno de la Cámara para su aprobación en lo general, lo que constituiría, en caso positivo, una carta blanca para que el proyecto fuese discutido en la Camara de Senadores y, eventualmente, aprobado.

El tercer caso que hemos citado quizá sea el más complejo. **Los *convenios o tratados internacionales* plantean la modificación de disposiciones constitucionales**. Se trata de realidades no contempladas por la Constitución y esta debe adecuarse; por tanto, la ratificación de un instrumento internacional de esta naturaleza debe seguir los mismos procedimientos que el Constituyente Permanente tiene para modificar la Constitución: aprobación calificada de parte del Congreso de Unión y mayoritaria de las legislaturas locales.

Pasemos a analizar brevemente algunas ideas de teoría del derecho vinculadas con la incorporación de los *tratados y las convenciones* al sistema jurídico nacional a fin de describir la forma como la norma internacional, contenida en los tratados y convenios *internacionales*, se incorpora al sistema jurídico nacional. De acuerdo con Hans Kelsen, lo que conocemos comúnmente por Constitución es la *"pluralidad de normas (*que) *constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única.* Esta norma fundamental es fuente común de válidez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad".

Una norma adquiere validez, según el profesor Joseph Raz, cuando cumple determinado "*criterio de identidad",* que para este autor consiste en una "*descripción completa de un sistema jurídico momentáneo",* en la medida en que cumpla con dos requisitos:

1. *Que **"**cada uno de los enunciados de ese conjunto (normativo) describa el mismo sistema momentáneo (o parte de él) como todos los otros" enunciados del propio sistema. Es decir, si queremos saber si tal o cual ley pertenece a un sistema jurídico dado, basta confrontarla con "el criterio de identidad", que nos dirá en que casos si en que casos no pertenece esa ley a dicho sistema.*

2. "*Todo enunciado normativo que describe el mismo sistema jurídico momentáneo (o parte de él) es implicado por ese conjunto". En nuestro tema, los enunciados normativos serían la conformidad que requieren los tratados internacionales con la Constitución.*

Por su parte, el profesor Rolando Tamayo y Salmoran considera que "*esta función constitucional es esencial al orden jurídico, puesto que es la que permite identificar los diferentes elementos que forman el orden jurídico".* Entre esos *"elementos"* están los actos y la normatividad jurídica en general, los que deben crearse mediante una sistemática y un orden determinados. Su creación –dice Tamayo y Salmorán—obedece a una secuencia ordenada que va de los actos jurídicos condicionales a los actos jurídicos condicionados, ya que sin ese "*nexo"* no es posible la *"creación escalonada del derecho".*

Según Raz:

> *Una cadena de validez es un conjunto de todas aquellas normas tales que: **1.** Cada una de ellas autoriza, precisamente, la creación de una de las otras normas del conjunto, con excepción de cuando menos una, la cual no autoriza la creación de ninguna norma, que sería la norma fundamental o la Constitución, y **2.** La creación de cada una de ellas esta autorizada precisamente por una norma de ese conjunto, con excepción de una norma cuya creación no se encuentra autorizada por ninguna norma de la cadena.*

Tamayo concluye que las normas que formen parte de un mismo orden jurídico (*aunque sea de forma parcial)* serán aquellas que posean, al menos, un acto creador común. De acuerdo con esto, el criterio de identidad de un orden jurídico podría formularse así:

° *Hay por lo menos un acto (*creación normativa) *común a cualquier cadena normativa que pertenezca al mismo orden jurídico, y*

° Hay al menos un acto jurídico que es parte de todas las cadenas normativas de un orden jurídico.

Acto de creación normativa común al sistema jurídico mexicano (*cadena normativa)* se encuentra definido en la Constitución, al establecerse en el art. 133 cuál es el acto (*en realidad, los actos)* de creacion normativa que se deben cumplir para que ese "*criterio de identidad"* del sistema mexicano opere y dé como resultado la admisión o la "*identificación"* del tratado dentro del sistema jurídico positivo mexicano.

Si este requisito es salvado, entonces procede la jerarquización normativa. La disposición establece que son "*Ley suprema en toda la unión: la Constitución*, las leyes del Congreso que emanen de ella (*o sea, de la Constitución)* y los tratados." Las leyes del Congreso resultan, en este contexto, normas derivadas de la Constitución, por lo que estarán en un nivel inferior a esta, no así los tratados, porque estos solo deben cumplir con los "*criterios de identidad"* para ser admitidos en el sistema jurídico mexicano, como ya quedo expuesto. Al no ubicarlos debajo de la Constitución el dispositivo del art. 133, puede considerarse que están en el mismo nivel jerárquico de esta.

El más reciente criterio de la Corte ha ubicado a los tratados internacionales de la manera siguiente: ***"conforman un orden jurídico superior, de carácter nacional, en el cual la Constitución se ubica en la cúspide y, por debajo de ella los tratados internacionales y las leyes generales"***. Como ya se mencionó antes, las leyes generales **han sido definidas *como aquellas de aplicación general en todo el territorio nacional*.** De esta manera, se ha dotado a los tratados internacionales de esta carácteristica; ya, que conforme a su importancia y posición en la jerarquía normativa nacional, estos deberán ser aplicados de manera general en el territorio nacional.

La última parte del art. 133 constitucional, como se recordará, establece: "*Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que puedan, haber en las Constituciones o leyes de los Estados."*

11.2 Los derechos humanos y la reforma constitucional.

Ya hemos visto cómo se incorpora la norma jurídica internacional al sistema jurídico nacional. También dijimos que los tratados o convenios internacionales están elaborados para facilitar el tráfico jurídico internacional y elevan el nivel de los derechos de las personas que pertenecen a los países que firman el tratado. La incorporación de

un derecho más favorable en el sistema jurídico interno, especialmente en materia de derechos humanos, debe subsistir dentro del sistema, ya que la norma jurídica internacional se "*nacionalizó*" y se integró al sistema jurídico interno para beneficio de las personas. Este punto ha sido sancionado con la reforma constitucional en los términos siguientes: "*Las normas relativas a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas, la protección más amplia*" (art 1°).

Ciertamente estamos ante un tema poco explorado, al menos desde la perspectiva del DIPr. Sin embargo, partimos del principio del *bienestar común*, que ha sido objeto de la jurisprudencia en materia de derechos humanos, al menos en el continente latinoamericano. Se trata que el legislador interno se supedite a las normas internacionales en materia de derechos humanos que propendan al bien común.

En el caso que nos ocupa, nos referiremos a normas internacionales que se han incorporado al sistema jurídico interno. Además, el contenido de estas normas establece derechos más específicos, nuevos derechos o simplemente regulaciones que facilitan el alcance de esos derechos. Un ejemplo nos ayudará a precisar este concepto:

> *La adopción internacional, y como está prevista en los tratados más importantes ratificados por México establece procedimientos más expeditos que los establecidos localmente. Mediante esta facilitación, los extranjeros pueden adoptar niños mexicanos mediante un procedimiento simplificado y con ello cumplir con el bien común, es decir, que un menor huérfano mexicano tenga una familia y crezca al lado de esta. Pero sucede que un extranjero procedente de un Estado que no es signatario de esos tratados, no podrá adoptar a un niño mexicano por medio de este régimen de facilitación y de esta manera dejar de cumplir con el bien común del menor, simplemente porque dicho Estado no ha firmado el tratado o convención internacional. El precepto constitucional reformado al que hemos hecho mención, nos dice que cuando se trata de este tipo de derechos se debe otorgar a la persona la protección más amplia y, en el caso al que nos hemos referido, la facilitación para el ejercicio del derecho de adopción debe ser igualmente amplia. No hay que desconocer, sin embargo, que el ejercicio de este derecho está vinculado con un tema distinto, instrumental, pero no menos importante. Un convenio internacional implica necesariamente obligaciones para los Estados firmantes del tratado que son indispensables para su funcionalidad.*

Puede ser este último un argumento de peso, pero es compensable con una estructura efectiva de supervisión sobre el seguimiento que se le debe dar al menor

adoptado. En las convenciones internacionales se establece la obligación para el Estado parte, de darle seguimiento al cuidado de los padres adoptivos sobre hijos adoptivos en el proceso de acoplamiento familiar. Esto que es un procedimiento administrativo de supervisión temporal, lo pueden acordar autoridades mexicanas con cualquier extranjero que desee adoptar y que no tenga su domicilio en un país parte de la Convención, para que rinda informes al Consulado mexicano del domicilio familiar y permitir visitas de las autoridades consulares mexicanas. Ciertamente no es un procedimiento que pueda convertirse en ejecutivo a fin de separar a un menor adoptado que es maltratado de su familia de adopción o, peor aún, de aquellos casos, afortunadamente menos hoy en día, que la adopción sirva para introducir al menor en una red de prostitución. En realidad, para evitar esos contratiempos el juez dispone actualmente de la información completa de cualquier persona, incluidos, si los hubiere, sus antecedentes penales, a fin de poder distinguir con claridad que la persona sea adecuada para la adopción. Y esta debe ser labor de las autoridades que participan en procedimientos de tal naturaleza, que en el caso de México es el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF): los funcionarios que preparan el expediente de los futuros adoptantes.

No todos los casos son tan evidentes como el ejemplo que dimos de la adopción, sobre todo cuando se trata de transacciones comerciales, pero aún en estas, hay un ingrediente importante para la igualación de derechos a fin de que las transacciones comerciales sean justas para las dos partes. Veamos un ejemplo:

La Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa de Mercaderías establece reglas que definen ***derechos y facilitan su ejecución****. Lo mismo ¿*Cómo negarlas a una persona procedente de un país o miembro del tratado*? Hacerlo sería situar a la persona en una situación de desventaja. Por el solo hecho que México decidió incorporar a su sistema jurídico un sistema internacional de compraventa de mercaderías avanzado. El sistema juridico se ha modernizado en ese sector, y este debe ser para beneficio de todas las personas.*

Un caso solamente podría justificar **la excepción de esta propuesta: *los tratados comerciales*, *fiscales y otros* que requieren una interactuación mutua y permanente de los Estados signatarios del tratado**. Además, obedecen a una política internacional muy definida. Solo con tales o cuales Estados, le conviene al Estado mexicano otorgar preferencias *arancelarias* a cambio de otras tantas y con otros Estados no. Pero aun en este ámbito, **un derecho *sustantivo*** vinculado a los derechos humanos de la persona deberá ser extensivo para todas las demás. No encontramos una razón jurídica para excluirlo.

En conclusión, hemos hecho un rápido recorrido al tema que nos ocupa. Intentamos mostrar su estado del arte y dimos respuesta a algunas interrogantes. El objetivo es dejar lo más claro posible que la norma jurídica internacional, hoy en día, se incorpora a los sistemas jurídicos nacionales de diversas formas. Que el Estado nacional como categoría de análisis es vigente pero también es importante recordar, parafraseando al filósofo de la modernidad, Juergen Habermas, quien dijo **hace un cuarto de siglo que entre las mutaciones culturales actuales en el mundo se reflejan las "*tradiciones culturales*, *la universalización de normas* y la *generalización de los valores* y la *definición de las entidades individuales*** [y que estos son] *prerrequisitos que ya existen en muchas mentes, en el sentido de que estamos inmersos en un cambio en el Derecho*", como el que se dio a partir de las grandes codificaciones. Cambio que va acompasado ahora a los desplazamientos del individuo, las familias y a las grandes transformaciones de la economía. En el caso de los países latinoamericanos, este es un punto que no se debe perder de vista.

11.3 Tratados y convenciones en materia de derecho internacional privado.

Como hemos señalado, el derecho convencional latinoamericano en materia de DIPr tiene, antecedentes que se remontan a 1878. Sin embargo, la participación de México-- salvo una presencia efímera, con motivo de la aprobación del *Código de Bustarnante* en, 1928—se inició en 1975, cuando el país inicia una participación sistemática en el proceso convencional internacional en materia de DIPr, con motivo de la celebración de la Primera Conferencia Especializada lnteramericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-I), realizada en Panamá en septiembre de 1975. México participó en la elaboración de las seis convenciones aprobadas en esa conferencia, de las cuales más tarde ratificó cinco la Convención lnteramericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias; la Convención lnteramericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero; la Convención lnteramericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas; la Convención, lnteramericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (DOF, 25 de abril de 1978) y la Convención lnteramericana sobre el Régimen Legal de Poderes para ser Utilizados en el extranjero (DOF, 19 de agosto de 1987).

Durante abril y mayo de 1979 la CIDIP se reunió por segunda vez, en esa ocasión en Montevideo, Uruguay, y en esta conferencia (CIDIP—II) se aprobaron ocho convenciones, de las que México ratificó seis: la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles (DOF, 28 de abril de 1983); la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero (DOF, 29 de abril de 1983); la Convención Interamericana sobre Normas

Generales de Derecho Internacional Privado (DOF, 13 de enero de 1983); el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (DOF, 28 de abril de 1983); la Convención Interamericana sobre el Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado (DOF, 19 de agosto de 1987) y la Convención Interamericana sobre la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (DOF, 20 de agosto de 1987).

En mayo de 1984 la CIDIP se reunió por tercera vez, ahora en la ciudad de La Paz, Bolivia. En esta conferencia (CIDIP—III) se aprobaron cuatro convenciones que fueron ratificadas por México: la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de las Personas Juridicas en el Derecho Internacional Privado (DOF, 19 de agosto de 1987); la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores (DOF, 21 de agosto de 1987); la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras (DOF, 28 de agosto de 1987) y el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (DOF, 7 de septiembre de 1987).

En julio de 1989 se reunió la CIDIP en su cuarta sesión y lo hizo nuevamente en Montevideo, Uruguay. Esa vez aprobó tres convenciones: ***obligaciones alimentarias, restitución internacional de menores y transporte terrestre internacional***. México ya ratificó las dos primeras. Cabe apuntar que también se aprobaron las bases que posteriomente sirvieron para la elaboración de la Convención sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, a partir de un proyecto conjunto presentado por las delegaciones de México y Uruguay.

La CIDIP—V se reunió en la Ciudad de México en marzo de 1994 y en ella se aprobaron dos convenciones: sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales y sobre el trafico internacional de menores. La delegación mexicana propuso el proyecto en materia de contratación internacional y participó activamente en la elaboración del proyecto sobre trafico de menores. El Senado ya aprobó las dos convenciones y solo está pendiente de publicación el decreto promulgatorio.

Por último, la CIDIP se reunió en su sexta sesión en Washington, D. C., en febrero de 2002 y fueron aprobados dos proyectos de derecho uniforme: la *Ley Modelo sobre Garantías y Mobiliarias y las Cartas porte "*negociable" y no *"negociable"* para el transporte internacional de mercaderías por carretera.

Antes del proceso de la CIDIP, México había ratificado otras convenciones relacionadas con el DIPr, el Protocolo sobre la Uniformidad del Régimen Legal de Poderes de Washington (17 de febrero 1940), públicado en el *Diario Oficial de la Federación el* 3

de diciembre de 1953, y la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de Naciones Unidas, publicada en el *Diario Oficial de la Federación el 22* de junio de 1971, que junto a las ratificadas a partir de 1975 ya significan un buen número: más de 60, incluidas las relacionadas con inversiones extranjeras y con la doble imposición internacional.

11.4 Tratados de libre comercio ratificados por México.

El DIPr, en su concepción tradicional, se inició sobre las premisas de los conflictos de leyes y de competencia judicial; sin embargo, han surgido otras técnicas para la solución del trafico jurídico internacional ya que hemos mencionado y que diversos autores, desde hace varios años, hemos incorporado en el estudio del DIPr. Actualmente, una de las técnicas más socorridas es la de normas uniformes ya que hemos analizado. Varias razones hacen que estas técnicas hoy un gran auge; nos referiremos a dos de ellas.

*En **primer lugar**,* existe una tendencia definida hacia la negociación y aprobación de convenciones o tratados internacionales con un contenido de normas uniformes. Como ya se mencionó, salvo el caso de la Conferencia Permanente de La Haya sobre DIPr, que continúa con el método conflictual, en general en los demás foros donde se negocian y preparan convenciones internacionales en materia de DIPr, el método empleado es el de las normas uniformes, porque se ha considerado que estas suelen dar una respuesta precisa y directa, sobre todo en materia de comercio; en cambio, con la reglamentación conflictual se definen en el ámbito internacional las reglas de conflicto para casos específicos, pero no la ley que resultará aplicable. ***Una segunda** razón* puede ser la siguiente: la unificación europea ha dejado en claro casi desde sus inicios, pero sobre todo a partir de la década de 1960 que, para un proceso de integración económica, especialmente en lo que corresponde a los temas del DIPr, es necesario contar con normas uniformes en el ámbito internacional debido a la precisión y certeza que un sistema de ese tipo suele implicar.

En el caso de México, su adhesión a acuerdos de libre comercio en los últimos años ha incrementado con los países que han suscrito ese tipo de acuerdos. Esta tendencia lleva a los países miembros de dichos acuerdos a negociar textos para la solución de casos específicos que presenta el trafico jurídico comercial, en especial en materia de DIPr, sobre la base del derecho uniforme. Por tanto, es indispensable incluir dentro de la temática del DIPr, el estudio de este tipo de normatividad, en particular la derivada de los acuerdos de libre comercio.

Nos referiremos a los métodos de solución de controversias que han presentado una novedad importante, ya que ha venido aparejada con los acuerdos de libre comercio que, por otra parte, explican la apertura de México hacia el exterior y con ella el incremento de normatividad que hoy tiene un país como el nuestro, otrora cerrado por más de 90 años a las corrientes de comercio internacional. Para concluir, cabe apuntar que la influencia de estos acuerdos de libre comercio provocó que la CIDIP—VI, que se celebró en febrero de 2002 en Washington, D. C., como ya lo apuntamos, haya aprobado temas de derecho uniforme en materias íntimamente vinculadas con el trafico de bienes entre países.

Métodos de solución de controversias.

La Carta de La Habana tenía como una de sus finalidades construir un organismo internacional de comercio con carácteristicas y naturaleza parecidas a las de los demás organismos internacionales que se crearon en la posguerra como resultado de los acuerdos de Bretton Woods. Sin embargo, la no aceptación de la Carta de la La Habana por el Congreso de Estados Unidos de América provocó que solo se aprobara una parte de aquella, que conforma lo que se conoció de 1947 a 1994 como Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT).

Desde que se inició la negociación de la Carta de La Habana quedó claro que Europa estaba decidida a crear sus propias organizaciones regionales de comercio como medio para evitar nuevas guerras, por lo que en el art. XXIV del GATTse abrió la posibilidad de los Estados parte en el acuerdo pudieran construir zonas regionales de comercio, ya que este camino podría ser, además, una vía complementaria para llegar a una universalidad del comercio

México se adhirió al Tratado de Libre Comercio para América Latina de 1960, que en 1981 se transformó en el Acuerdo Latinoamericano de Desarrollo e Integración *(ALADI)*. En el caso del ***primero***, la inestabilidad política de varios gobiernos de la zona, aunada a la desproporción de las economías participantes y a la falta de voluntad política de un gran número de los Estados partes en el acuerdo, no lo dejaron prosperar al nivel deseado. En el *caso del* ***segundo*****,** como señalan Bendesky y Sánchez, la década de 1980 significó para las relaciones comerciales de América Latina un deterioro agudo (22% de 1980 a 1988) de los términos del intercambio. Al crecimiento de casi 57% de las exportaciones de ese lapso correspondió una caída de 26% del índice de su valor unitario. El valor de las importaciones se redujo 75%, pero sus precios solo lo hicieron 5%. Esta disminución se asocia en forma directa con la necesidad de realizar las transferencias para el pago del servicio de la deuda externa. Ello dio lugar a que la *ALADI* no tuviera la oportunidad de desarrolarse como estaba previsto.

Con motivo de la crisis económica de 1982, México debió cambiar su relación con Estados Unidos de América y se inició un mayor acercamiento que condujo a ambos países a celebrar una serie de acuerdos sobre comercio. De 1985 a 1989 México y Estados Unidos celebraron más acuerdos sectoriales sobre comercio (11*acuerdos)* que en los 150 años anteriores. El 1 de enero de 1994 entró en vigor el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (hoy T—MEC), en que también Canadá es parte.

Un acuerdo de libre comercio significa que los países participantes asumen el *compromiso de desgravar los aranceles para el comercio de sus productos*, así como de establecer condiciones favorables para un incremento del comercio de servicios e inversiones, actividades que se deben realizar dentro de los plazos que el mismo acuerdo establece. A la vez, esos países parte se obligan a conservar una política arancelaria común respecto de *productos y servicios* que no tengan origen en la zona, así como a armonizar sus legislaciones internas en ciertos sectores que afectan al comercio. México lo ha hecho en sectores como *telecomunicaciones*, *energía, competencia económica*, *medio ambiente*, etc. De esta manera, los acuerdos de libre comercio sistematizan los derechos y las obligaciones de las partes en un documento que ellas mismas han decidido cumplir.

México ha suscrito y ratificado tratados de libre comercio con *Chile, Estados Unidos de América y Canadá, Unión Europea, Israel, Costa Rica, Colombia, Venezuela, ·Bolivia,* etc. El patrón general de dichos tratados es muy parecido: en ellos se establecen los diversos temas de la relación comercial, de acuerdo con cada uno de los capítulos que constituyen al tratado. Los temas son disímbolos e importantes. Normalmente se establece también un sistema de solución de controversias.

Siguiendo el método establecido por el acuerdo—marco de todos estos tratados, como fue el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio, en una *primera parte* se definen los principios generales de los acuerdos de libre comercio que deben regir toda relación comercial, como

- *trato nacional***.**
- *desgravación arancelaria.*
- *cláusula de la nación más favorecida*.
- *principio de información*.
- *nivel de trato*.
- *principio de trato mínimo*.
- *libertad para la transferencia de fondos*.
- *promoción de las condiciones de competencia y libre concurrencia en el área.*
- *incremento sustancial de las oportunidades de inversión.*

° *salvaguarda de los derechos de propiedad industrial e intelectual y*
° *creación de procedimientos efectivos para la cabal aplicación de dichos tratados.*

Este último quizá sea uno de los temas más estrechamente vinculados con el DIPr, por lo que a continuación examinaremos el sistema de solución de controversias establecido en el Tratado de Libre Comercio celebrado con Estados Unidos de América y Canada (*TLCAN hoy T—MEC.),* por considerar que es el más completo y del cual se puede derivar un esquema explicatorio de los sistemas de solución de controversias establecidos en los tratados de libre comercio ya mencionados. Además, este sistema de solución de controversias también se reprodujo en los Tratados Bilaterales para la Protección Recíproca de Inversiones *(BITS) que México* ha celebrado con una serie de países.

El sistema de solución de controversias en el TLCAN. (ahora T—MEC).

El sistema global de solución de controversias en el TLCAN es amplio y complejo, por el número y la diversidad de temas a que se refiere el propio tratado. Los métodos de solución son de diferente naturaleza, tipo y nivel. A continuación, haremos referencia a cada uno de ellos para concluir con los mecanismos de solución de controversias más importantes.

Método de remisión a otros acuerdos intencionales.

Se trata de un método indirecto, pues el TLCAN no establece en forma directa cuál debe ser el mecanismo de solución a una controversia, sino que remite a diversos acuerdos internacionales que tienen ellos mismos su propio sistema de solución. En ***primer lugar,*** se encuentra la remisión al Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT). En el **[**art. 103.1**]** del TLCAN se establece que las partes ratifican los derechos y las obligaciones vigentes entre ellas conforme al GATT, lo cual implica que queda vigente el derecho de las partes contratantes de recurrir al sistema de consultas previsto en el **[**art. XXII del GATT**]**. Este criterio está confirmado en el **[**Anexo 703.2, secc. B.6**]**, *en materia agropecuaria*; en el **[**art. 802**]** para el *caso de medidas globales de emergencia* y en el **[**art. 2101**]** en *materia ambiental* y de *conservación de recursos no renovables.* El **[**art. 104**]** hay también remisión a la Convención sobre el Comercio Internacional de *Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre* y al Convenio de Basilea sobre el control de los *Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación.* Cada uno de estos instrumentos internacionales tiene su propio mecanismo de solución de controversias.

El último de los instrumentos citados establece incluso para los países miembros la obligación de definir, por la vía del protocolo, las normas y los procedimientos apropiados en lo que se *refiere a responsabilidad civil, indemnización por los daños resultantes del movimiento transfronterizo y eliminación de los desechos peligrosos* y otros desechos.

Método de consultas.

Es el método más frecuente en el TLCAN y comporta diferentes modalidades. La más importante es la de consultas mediante comités, que se reúnen a petición de una de las partes contratantes, en forma periódica o por un método mixto. En dichos comités se plantean *los desacuerdos y controversias* que surjan en torno a un producto o servicio determinado y, de común acuerdo, los representantes de las partes en el TLCAN buscan las soluciones más convenientes. Ejemplos de este método se pueden encontrar en los **[**arts. 376**]** en *materia de comercio de bienes*, **[** 707] en materia *agropecuaria,* **[** 722 **]** *para medidas sanitarias y fitosanitarias*, **[** 973 **]** en el caso de medidas *relativas a normalización,* **[** 1309 **]** en materia *de telecomunicaciones* y [1412 **]** de servicios *financieros*, entre otros.

Dentro del método de consulta existen *modalidades,* como es el caso del grupo de tratabajo previsto por el **[** Anexo 703.2.25 **]** entre México y Estados Unidos de América, que tiene facultades resolutivas sobre normas técnicas y de comercialización agropecuaria. Igualmente, el procedimiento entre partes importadoras y exportadoras para el logro de acuerdos en medidas sanitarias y fitosanitarias por el **[** art. 716.6, **]** o bien, en esta misma materia, el procedimiento de consulta previa establecido por el **[** art. 718. **]**

La ventaja de esta modalidad es que actúa directamente acerca de los desacuerdos que surgen en una materia o área determinada; además, los *comités están formados por especialistas* que suelen tener a su cargo el área de operación.

Procedimientos de impugnación internos.

El TLCAN prevé la necesidad de que las partes contratantes cuenten con procedimientos internos de impugnación de decisiones o de medidas tomadas internamente que afecten las transacciones reguladas en el tratado. Este es el caso del [art. 510, **]** *para la revisión e impugnación de las resoluciones en materia de determinación de origen y de los dictámenes anticipados en materia aduanal;* **[** Anexo

803.3 **]** en medidas de emergencia; **[** art. 1017 **]** en materia de compras del sector público y **[** art. 1015 **]** en materia de propiedad intelectual, entre otros.

Cabe apuntar también que en el caso del capítulo XI en materia de inversión, al que nos referiremos más adelante, y sobre todo en el caso del **[** art. 2022, **]** el TLCAN apoya y promueve el recurso de los particulares al arbitraje comercial internacional y el que los laudos arbitrales cuenten con los procedimientos internos adecuados para su reconocimiento y ejecución.

Mecanismo de solución de controversias.

Se trata del método más completo de los establecidos en el TLCAN para dar solución a conflictos que se susciten entre las partes. Son cuatro tipos principales: ***a)*** el previsto en el capítulo Xl, secc. B, en **materia de inversión;** ***b)*** el establecido en el **[** art.1415 **]** para **servicios financieros**; ***c)*** la revisión y solución de controversias en materia de *antidumping* y *cuotas compensatorias* previstas en el capítulo XIX, y ***d)*** las disposiciones institucionales y los procedimientos para la solución de controversias del capítulo XX.

Capitulo XI, Sección B. Solución de controversias en materia de inversión.

En este capítulo se establecen tres procedimientos para la solución de controversias:

1) *Conforme a las reglas del Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados* (CIADI) *para el caso de los países que son de este acuerdo, como Canadá y Estados Unidos de América*.
2) *El establecido por las reglas del mecanismo complementario del* CIADI *cuando un Estado no sea parte del* CIADI.
3) *Procedimiento accesible para las tres partes por igual, conforme a las reglas de arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el derecho comercial internacional, conocída por sus siglas en inglés*: UNCINTRAL

En los **dos primeros casos**, el del convenio del CIADI y su mecanismo complementario, estamos en presencia de un sistema institucional en la medida en que además de las reglas existe una institución que los administra: el *Centro Interncional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones,* cuya sede se encuentra en las oficinas principales del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. En **el tercer** caso, se trata de normas típicamente arbitrales que serán administradas por el CIADI.

Sin embargo, en el TLCAN hay normas que regulan el acceso a cualquiera de los tres procedimientos. Se trata de reglas que definen.

- El tipo de consentimiento que las partes deben manifestar a fin de someterse a estos procedimientos y disposiciones complemantarias para la integración de los paneles arbitrales.
- Las reglas para la designación de árbitros.
- La acumulación de procedimientos.
- La notificación.
- La documentación.
- La sede.
- *El derecho aplicable.*
- La interpretación de los anexos y dictámenes de expertos.
- Las medidas provisionales de protección, y
- El laudo y su ejecución.

Los principios que rigen al capítulo XI son básicamente los mismos que regulan todo el TLC que ya mencionamos, los cuales se considerán suficientes para garantizar las inversiones de extranjeros en los tres países parte del acuerdo y especialmente en México. En este sentido, se condiciona al inversionista extranjero a cuatro supuestos que puedan tener acceso a cualquiera de los procedimientos de solución de controversias por el capítulo **[** XI (art. 1116) **]**:

1. *La violación, por parte del Estado que recibe la inversión, de uno de los principios que rigen el capítulo XI a los que ya se hizo alusión en el párrafo anterior.*
2. *Cuando alguna empresa del Estado tenga facutades de regulación o imposición de cuotas, derechos u otros cargos y con alguna de sus medidas o acciones afecte los intereses del inversionista extranjero.*
3. *Cuando monopolios y empresas del Estado afecten la actividad de la inversión extranjera por su incompatibildad con las obligaciones asumidas por el Estado parte en la sección A del capítulo XI.*
4. *Cuando, en aplicación de los supuestos anteriores, el inversionista haya sufrido perdidas o daños.*

Además de los cuatro supuestos anteriores, el **[** art. 1121 **]** prevé condiciones previas para someter una controversia al procedimiento arbitral establecido en la sección B del capítulo XI y que ahora comentamos. Las condiciones previas pueden resumirse en dos:

1. *Que tanto el inversionista persona—física como el inversionista—empresa acepten al arbitraje en los términos establecidos en el Tratado, es decir, acatar*

las reglas del CIADI, las de su mecanismo complemetario o las de UNCITRAL, según sea el caso, además de las reglas y disposiciones complemanterias previstas en la sección B del capítulo XI.

2. *Que el inversionista renuncie al derecho que le corresponde de iniciar o continuar cualquier procedimiento ante tribunales internos, salvo el caso del recurso a medidas precautorias de carácter* suspensivo, declaratorio o extraordinario, *pero que no impliquen el pago de daños ante dichos tribunales y conforme a la legislación del Estado parte vinculado en la controversia.*

Entre las disposiciones complementarias establecidas en el apartado B del capítulo XI están las siguientes: en el caso del CIADI, el tribunal se integrará por *tres árbitros.* Cada una de las partes en la controversia nombrará uno y estos eligirán a su presidente; en caso de desavenencia, el presidente será designado por el secretario general del CIADI (*arts. 1123 y 1124, párrafo 2).* Tanto el presidente como el resto de los árbitros serán nombrados por una lista de 45 arbitros previamente seleccionados de las partes en el Tratado (*art. 1124, párrafo 4).* De manera excepcional, el secretario general del CIADI presidirá el Tribunal Arbitral solo en caso de que no encuentre en la lista un arbitro disponible y siempre que tenga nacionalidad distinta de la de las partes en la controversia (*art. 1124, párrafo* 3).

En el caso de la aplicación de las reglas de arbitraje de UNCITRAL, el Tribunal se conformará como se describió anteriormente, incluidas las facultades concedidas al secretario general del CIADI. Las diferencias de este procedimiento respecto de los ya señalados son la aplicación de las reglas de arbitraje de UNCITRAL, que instituyen un medio alterno de solución de controversias donde no se vincule al procedimiento del CIADI, lo cual permite a México una alternativa viable.

La apliación de las reglas de UNCITRAL también se presenta como una alternativa para el caso en que se planteen en una cotroversia "*cuestiones en común de hecho y de derecho",* dotanto al tribunal arbitral con reglas de UNCITRAL para que pueda proceder, con el acuerdo de las partes, a la acumulación de procedimientos (*art. 1126).*

Otro aspecto importante es el relativo al derecho aplicable. De acuerdo con la naturaleza internacional de estos procedimientos de solución de diferencias, y evitando en lo posible que alguna de las legislaciones nacionales se aplique, el **[** art. 1131 **]** define *como derecho aplicable las normas del tratado, y si estas fueran insuficientes, el derecho internacional.* En este último caso la referencia es amplia, pero debe entenderse, en ***primer lugar****, la jurisprudencia establecida en la Corte Internacional de Justicia* en los pocos casos en que ha intervenido y en que debió resolver intereses privados frente a la actitud estatal, y la amplia *jurisprudencia arbitral internacional* derivada tanto de CIADI y de la Camara de Comercio Internacional como de la American

Arbitration Association y de otras instituciones semejantes en el caso de inversiones. Se trata, en suma, de aplicar un derecho que no esté "*contaminado"* por los derechos nacionales de las partes contratantes, pero sobre todo un derecho basado en los principios internacionales que regulan la inversión.

En el caso especifico de México, en la reserva expresada en el **[** Anexo 1120.1 **]** del TLCAN, **nuestro país no acepta someterse a los medios de solución de controversias previstos en este capítulo.** Podría parecer sorprendente esta reserva; sin embargo, cabe precisar algunos aspectos que desarrollaremos enseguida.

Para entender una posición aparentemente contradictoria está la gran carga histórico—política reflejada en gran medida en la **"***claúsula Calvo", por la cual México debió hacer* la reserva antes citada; no obstante, esa posición inicial merece dos comentarios:

*En **primer lugar**, México* puede adherirse al CIADI y, en consecuencia, aceptar su mecanismo complementario porque en ambas disposiciones existe la posibilidad de agotar previamente los recursos internos, con lo cual podría decirse que no se viola ninguna disposición constitucional. Su actual posición, por tanto, debe interpretarse en un sentido político más que jurídico, ya que el TLCAN significa un paso demasiado audaz en la posición tradicional de México en sus relaciones con Estados Unidos de América, que se verían agravadas si, además, se modifican criterios tradicionales muy arraigados en diversos grupos de abogados, intelectuales y militantes de izquierda. Pero esta reticencia ha empezado a ser vencida por los beneficios económicos que el tratado representa para México.

*El **segundo** término,* el arbitraje con reglas de UNCITRAL, es una vía abierta para México en cualquier momento que lo requiera, ya que se trata de un procedimiento sin la carga política que podría tener el hecho de aceptar ser parte del CIADI y, por supuesto, con menos problemas de tipo constitucional. Además, en las recientes reformas al *Código del Comercio (*1993), las reglas de arbitraje de UNCITRAl se intrudujeron en el sistema jurídico mexicano *como reglas para el arbitraje comercial, nacional e internacional*.

Sin embargo, por una interpretación diferente que se ha dado a la reserva expresad por México en el citado Anexo 1120.1, el gobierno mexicano ha aceptado participar en los primeros paneles de inversión extranjera. Habrá que esperar más resultados y sus efectos.

Capitulo XIV. Solución de controversias en materia de inversión en servicios financieros.

En este capítulo se recogen los principios generales de solución de controversias establecidos en el capítulo XX del tratado *(art. 1414)* y el procedimiento de los paneles del capítulo XI *(art. 1415)*. Sin embargo, tiene características propias que se derivan de la materia propiamente dicha que regula; dos son las principales:

1) Las partes en el Tratado formularán y conservarán una lista de 15 personas que tengan "*conocimientos especializados o experiencia en la práctica o en el derecho financiero que podrá incluir la regulación de instituciones financieras*", para que actúen como árbitros de los paneles de este capítulo *(art. 1414, párrafos segundo y tercero, e inciso a*).

2) El Estado demandado por un inversionista podrá excepcionarse a fin de que el asunto no llegue al procedimiento de solución de controversias del panel por tres motivos:

- ***a)*** *Proteger a inversionistas, depositarios, participantes en el·mercado financiero, tenedores o beneficiarios de pólizas o personas acreedoras de obligaciones fiduciarias a cargo de una institución financiera o de un prestador de servicios financieros transfronterizos.*
- ***b)*** Mantener la seguridad, solidez, integridad o responsabilidad financiera de instituciones financieras o de prestadores de servicios financieros transfronterizos.
- ***c)*** Asegurar la integridad y estabilidad del sistema financiero de una parte (art. 1410).

Cualquiera de estas excepciones estará sujeta al estudio y al informe que acerca de ellas realice el Comité de Servicios Financieros para determinar su procedencia, con base en el cual dicho Comité decidirá si el caso debe de ir o no al sistema de solución de controversias de paneles (art. 1415),

En el caso de México, los organismos estatales que emiten disposiciones en la materia y que podrían afectar a inversionistas extranjeros son:

° Banco de México, que está encargado de una parte de la regulación en materia de banca de crédito, y

° Comisión Nacional Bancaria y de valores, que regula la operación en estos sectores.

La Comisión Nacional de Seguros y Fianzas es un organismo estatal que cumple las funciones de regulación en su ramo o de cualquier otro organismo de este tipo. Pensemos en un ejemplo: *el inversionista canadiense o estadounidense afectado por una decisión de estas instituciones, después de obtener un* informe favorable del Comité de Servicios Financieros, puede ir al panel y, si este resuelve en su favor, habrá *dos efectos*:

1. *La revocación de la medida del organismo estatal que lesiona los intereses del inversionista.*
2. *Si se trata de cuestiones financieras, la determinación de la facturación que haya sufrido el inversionista en "perdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella" (art. 1116., último párrafo).*

*En el **primer caso**,* si la revocación de la medida del organismo estatal provoca, a su vez, afectaciones en los intereses de un inversionista mexicano, este podría acudir a los tribunales mexicanos y, a pesar de tratarse de una "*resolución final"* no susceptible de *apelación, recurrir al juicio de amparo si considera que sus garantías individuales han sido lesionadas*. *En el **segundo caso**, la* afectación del inversionista extranjero en los términos del **[** art. 1116.1 **]**, último párrafo, a que se hizo referencia, podría significar una *indemnización* por el Estado mexicano. Como la resolución de panel es resolución final, estaríamos en el caso de *una condena por daños y perjuicios* a cargo del Estado Mexicano que este deberá de reconocer y solventar. Un aspecto interesante y que ya se ha dado en resolución de algunos paneles es la forma de determinar la *indemnización correspondiente.* Se ha fijado con base en una apreciación y cuantificación directa por parte de los árbitros, que no se han ceñido a lo que disponen las normas internas sobre el tema, porque se trata de una determinación de naturaleza internacional que el Estado mexicano debe cumplir.

Capitulo XIX. Revisión y solución de controversias en Materia *antidumpig y* cuotas compensatorias.

En este capitulo existen tres procedientos principales:

1) Revisión de las reformas legislativas.
2) Revisión de resoluciones definitivas sobre *antidumping* y cuotas compensatorias.
3) Impugnación extraordinaria.

Para *los* ***dos primeros*** *procedimientos* se integrará un panel binacional de conformidad con el Anexo 1901.2 que, en términos generales, consiste en lo siguiente: *de una lista previa de 75 panelistas, las partes convendrán en la selección del quinto panelista, y de no llegar a un acuerdo, la selección será por sorteó.* Los panelistas designarán a su presidente y todos deberán firmar compromisos de confidencialidad, a partir de lo cual se considerará formalmente establecido el panel. *Para* ***el tercer*** *procedimiento* el de impugnación extraordinaria, el panel se formará por tres miembros de una lista diferente de la anterior y también integrada previamente por las partes, de 15 miembros (Anexo 1904.13).

1.-Revisión de las reformas legislativas. Tiene por objeto dirimir controversias que surjan cuando una de las partes aplique una reforma legislativa en materia de *antidumpig* y cuotas compensatorias, y otra parte en el tratado considere que se violan principios establecidos en el GATT o en sus *Códigos Antiduping* o de subsidios, o bien, que se afectan principios de revisión y justicia para la liberación progresiva del comercio como se establece en el tratado o, también, cuando la reforma legislativa tenga como fin revocar una resolución previa al panel sin reunir los principios de previsión y justicia antes expresados (*art. 1903, párrafo 1, a y b).*

La parte que inicie el procedimiento lo solicitará por escrito y el panel, conforme a las reglas del procedimiento que establezca, garantizará que cada parte presente *comunicaciones escritas y replicas*, y que al menos haya una audiencia. ***Noventa días*** después del nombramiento del presidente del panel, este último presentará a las partes una opinión declarativa preliminar por escrito. La parte que no estuviere de acuerdo con la opinión contará con un plazo de **14 *días*** para presentar sus objeciones "*debidamente razonadas y motivadas". **Treinta días*** después el panel dictará su resolución definitiva (*Anexo 1903.2),* la cual tendrá carácter de "***opinión declarativa****"* y dará oportunidad para que, en un plazo de ***90 días****, las partes realicen consultas y procuren llegar* a *"una solución mutuamente satisfactoria".* Si la solución es una corrección a la legislación motivo de controversia y esta no se lleva a efecto o no se logra cualquier otro arreglo motivo de la resolución del panel, dentro de los siguientes ***nueve meses*** la parte afectada tendrá derecho a adoptar medidas legislativas o administrativas equiparables o a denunciar el tratado respecto de la otra parte en la controversia *(art. 1903.3).*

2. Revisión de resoluciones definitivas sobre *antidumping* **y coutas compensatorias.** Es un procedimiento más complejo. Como su nombre lo indica, se trata de un procediento que sustituye a la revisión judicial interna de las resoluciones definitivas que se dicten en la materia *(art. 1904.1),* en la medida en que dicho panel debe decidir si la autoridad investigadora de la parte importadora dictó su resolución de acuerdo con el derecho de esa parte.

El plazo para solicitar la integración del panel es de ***30 días*** a partir de la fecha en que se publique la resolución definitiva o que se reciba la notificación correspondiente. La solicitud puede ser hecha a iniciativa propia de la parte en el tratado, o bien, de esta, pero a solicitud de un particular que se **considere** afectado (*art. 1904.4 y 5)*. La autoridad investigadora que haya dictado la resolución definitiva tendrá derecho a comparecer ante el panel *(art. 1904.7),* el cual podrá confirmar o rechazar la resolución definitiva; el rechazo significa la devolución por el panel a la autoridad investigadora de su resolución defintiva, con la indicación de las medidas por adoptarse. Si se requiere revisar la medida adoptada en cumplimiento de la devolución, la revisión se llevará a cabo ante el mismo panel, que emitirá un fallo dentro de los **90 días** siguientes a la fecha en que la medida haya sido puesta a su consideración (*art. 1904.8).*

El fallo del panel es obligatorio y no estará sujeto a ningún procedimiento de revisión judicial de la parte importadora; las partes así lo establecerán en su legislación interna (*art. 1904.9 y 11).*

Con una experiencia ya acumulada de un buen número de paneles celebrados, puede decirse que muchos problemas se han resuelto, algunos de antaño, como el del *tomate, el atún y el aguacate,* pero los procedientos son lentos debido a que Estados Unidos de América no ha dotado a su comisión nacional con los recursos suficientes.

3. Impugnación extraordinaria. Tiene lugar cuando, dictada la resolución por el panel y dentro de un plazo razonable, alguna de las partes vinculadas *recusa* de manera grave de una norma fundamental del procedimiento, o bién, afirma que el panel se ha *excedido ostensiblemente en sus facultades, autoridad o jurisdicción (art. 1904.13).* El panel debe quedar integrado dentro de los ***15 días*** *siguientes a la solicitud* de su integración y su fallo se dictará dentro de *los* ***90 días*** *siguientes.* Este fallo podrá anular la decisión definitiva del panel binacional, en cuyo caso se procederá a formar un nuevo panel binacional para que conozca del asunto en las condiciones y los términos ya descritos (Anexo 1904.13).

Hasta la fecha de publicación de esta edición se han llevado a cabo 38 paneles en los que México ha participado, principalmente *con exportadores o importadores de* Estados Unidos de América. Lo importante es destacar que esta cifra se ha alcanzado en 12 años y que han sido los años de inicio del TLCAN (T—MEC), lo que implica que se trata de un mecanismo de solución de controversias necesario cuyo uso tiende a incrementarse.

Capitulo XX. Procedimientos institucionales para la solución de controversias.

Se trata de un método para la prevención o solución de controversias entre las partes relativas a la aplicación o a la interpelación del tratado (art. 2004). En el ámbito de prevención se encuentran procedimientos *de* ***buenos oficios****,* ***conciliación*** **y** ***mediación*** a cargo de la Comisión de Libre Comercio *(Comisión)*, integrada por representantes de cada parte en el nivel de Secretaría de Estado, o por las personas que estas designen *(art. 2001)*. Los procedimientos preventivos se inician mediante consultas que se efectuarán mediante el Secretariado de la Comisión, que se integra por las respectivas Secciones Nacionales *(art. 2002)*. Salvo el caso de los bienes *agropecuarios perecederos,* que justifica que las consultas se inicien dentro de un plazo de **15 días** a partir de la entrega de la solicitud correspondiente (*art. 2006.4*), los plazos para el resto de las consultas serán de **30 días** después de la entrega de la solicitud a la contraparte para consultas o de **45 días** en el caso de que se hayan solicitado consultas subsecuentes *(art. 2007.1*).

A partir de estos plazos se entrará a *la segunda fase,* que es la de *buenos oficios, conciliación y mediación* de parte de la Comisión. Adicionalmente, y de manera específica, las partes podrán solicitar por escrito que se reúna la Comisión de acuerdo con *dos supuestos generales:*

1. Cuando se hayan iniciado procedimientos de solución de controversias conforme al GATT respecto de asuntos relacionados con tratados en materia *ambiental y de conservación (art. 2005.3)* y relacionados con asuntos previstos en la Sección B del Capitulo VII, "*Sector agropecuario y medidas* sanitarias y *fitosanitarias",* así como del capitulo IX, *"Medidas relativas a la normalización" (art. 2005.4).*
2. *Cuando se hayan* efectuado las consultas especificas previstas en el *art. 513* sobre procedimientos aduanales; *art. 723* sobre medidas sanitarias y fitosanitarias, y el *art. 914* sobre medidas de normalización *(art. 2007.2 b).*

Para entender estos asuntos, la Comisión se reunirá dentro de los **10 días** siguientes a la entrega de la solicitud y "*se abocará sin demora a la solución de la controversia" (art. 2007.5*). Si el asunto no se resuelve dentro de un plazo de **30 días**, cualquiera de las partes podrá solicitar por escrito el establecimiento de un panel arbitral, con lo que se pasará *a una tercera fase* (*art. 2008.1*).

Para efectos del procediento institucional de solución de controversias por la vía arbitral, las partes habrán designado por consenso una lista independiente de 30 arbitros por un periódo de tres años con posibilidad de reeleccion (*art. 2009.1). A* partir de esta lista se intergrará un panel con **cinco miembros** dentro de los **15 días** posteriores a la solicitud de integración presentada por alguna de las partes, dos panelistas por cada parte contratante y un quinto por acuerdo o, en caso contrario, por sorteo. La parte

contendiente seleccionará a dos panelistas que sean nacionales de la otra parte contendiente (*selección cruzada),* y posteriormente la otra parte procederá de la misma manera. El presidente del panel será acordado por las partes o seleccionado por sorteo (*art. 2011).*

El panel se regirá conforme a las *"reglas modelo de procedimiento"* que establecerá la Comisión (*art. 2012.2) y*, dentro del plazo de **90 días** a partir de la designación del último arbitro, presentará a las partes contendientes un *"informe preliminar",* fundado en los argumentos y las comunicaciones de las partes y en cualquier información recibida por los Comites de Revisión Científica o por los expertos que considere consultar (*art. 2016.1). E*n su "*informe preliminar"*, el panel decidirá si la medida de que se trata es o puede ser incompatible con las obligaciones derivadas del tratado, o si es causa de *anulación o menoscabo en la aplicación o interpelación del tratado,* así como las recomendaciones a que haya lugar, si se el caso (*art. 2016.2).*

Las partes tienen un plazo de **14 días** para hacer observaciones al informe preliminar (*art. 2016,4)* y **15 días** después del panel presentará su determinación final, que será comunicada a la Comisión y luego de **15 días** publicada (*art. 2017).* Las partes tendrán **30 días** para llegar a un acuerdo, a fin de ajustar las recomendaciones y determinaciones del panel *(art. 2018).* De no llegarse a un acuerdo en ese lapso, la parte reclamante *podrá suspender la aplicación de beneficios* de efecto equivalente a la parte contraria la cual se dirigió la reclamación, hasta el momento en que logren un acuerdo sobre la resolución de la controversia (*art. 2019.1).*

Efectos de los sistemas de solución de controversia en el sistema jurídico mexicano.

Como se puede observar en la descripción general de los métodos y procedimientos para la solución de controversias en el TLCAN, (T---MEC) se trata de medios modernos, ágiles y eficaces, sobre todo si se les compara con métodos similares descritos en este mismo capítulo.

En los procedimientos que ahora nos ocupan existe además una estructura básica derivada del arbitraje comercial internacional que ha probado, a lo largo de los años, ser el mejor procedimiento para la solución de controversias relacionadas con el comercio entre países. Asimismo, el sistema de paneles tiene la característica de ser un **sistema *supranacional*,** en la medida en que quienes lo inician y participan en él son los Estados partes en el tratado; de esta característica se derivan consecuencias, para el caso de México, que son nuevas y que *la jurisprudencia* y *la doctrina* se

encargarán de definir. Señalemos ahora algunos efectos previsibles para el caso del sistema jurídico mexicano.

Respecto del procedimiento establecido por la sección B del capítulo XI, ya mencionamos algunas consecuencias de tipo jurídico y político. En cuanto al procedimiento establecido en el capítulo XX, se trata, en última instancia, de un procedimiento que, acordado entre Estados por un tratado internacional, solo tiene efectos entre estos y dichos efectos solo son relevantes a la luz del derecho internacional. Quizá lo nuevo se presenta en el caso del *capítulo XIX*: si bien el procedimiento queda a cargo de los Estados partes en el acuerdo, existe una posible afectación de intereses particulares qué son, en última instancia, los que resentirán los resultados. Veamos a la luz del derecho mexicano algunos efectos que esto provocaría.

*En **primer término**,* la jurisdición de los paneles. El *art. 104, fracc. I, de la Constitución Politica de los Estados Unidos Mexicanos* establece *el principio de competencia exclusiva de los tribunales de la Federación cuando se trate del cumplimiento y la aplicación de leyes federales o de tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano y en los que la Federación sea parte*. Aquí surge la primera pregunta: ¿la existencia de paneles de carácter supranacional es constitucional en la medida en que opera una derogación competencial de los tribunales de la Federación en beneficio de los paneles *supranacionales*? La respuesta no es sencilla. Si se sostiene que la competencia de los paneles deriva del cumplimiento y la aplicación de un tratado internacional, en principio, la respuesta es que la competencia es inconstitucional, ya que el dispositivo del art. 104, fracc. I—A, dispone claramente que la competencia es de los tribunales federales, sin embargo, cuando se establece que se trata del cumplimiento y la ejecución de tratados internacionales, se refiere al caso de su aplicación interna. Se prevé que en su aplicación o en su interpretación un tratado internacional puede provocar algún conflicto o incluso un acto inconstitucional, y entonces serán los tribunales federales los que deberán pronunciarse sobre el particular.

En el caso de los paneles previstos por el capítulo XIX del tratado, la cuestión es distinta. *En **primer lugar***, el tratado no se está aplicando de manera interna, al menos en cuanto a la determinación de la competencia de los paneles, ya que por su *naturaleza estos son supranacionales*. Independientemente de que ya existe precedente al respecto en el caso presente se abre una instancia para dirimir una controversia surgida de un acto de autoridad de un Estado parte en el tratado (*Estados Unidos de América o Canadá*), y que es, en la especie, el importador, que mediante su autoridad investigadora ha decidido que *procede la aplicación de impuestos compensatorios* que afectan los intereses de un productor mexicano. El principio de la

competencia establecida por *el art. 104, fracc. 1-A,* de la Constitución no sería aplicable en este caso y, por tanto, los paneles no podrían ser considerados inconstitucionales.

Sin embargo, hay que analizar el caso inverso. Se trata de una resolución definitiva emitida por *la Secretaría de Economía (SE*) que lesiona el interés de un productor extranjero (*estadounidense o canadiense*). En este caso, se trataría de un acto de autoridad mexicana que va a ser juzgado por un tribunal distinto de los previstos por el *art. 104, fracc. 1-A,* antes citado, *ya que la decisión final se habrá basado en una ley federal*: *Ley Reglamentaria del Artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia de Comercio Exterior* y, por tanto, en este caso la competencia de los paneles tendría una doble interpretación: si se considera lo decidido por la *Suprema Corte de Justicia de la Nación en el sentido de que los tratados están por encima de las leyes federales, incluidas las leyes orgánicas, la competencia de los paneles es constitucional, pero como la decisión de la Corte es solo una tesis, en el* estado actual del derecho esta competencia podría llegar a ser inconstitucional. No obstante, esta última cuestión puede ser analizada desde *dos perspectivas: la de la reciprocidad y la de la materia.*

Reciprocidad.

México acepta por el TLCAN que cuando un productor mexicano sea afectado en sus intereses por una resolución de *autoridad estadounidense o canadiense, su controversia se resuelva en un foro supranacional*; y *a la inversa*, podría aceptar que cuando la lesión sea a los intereses de un productor de alguno de los Estados partes en el tratado, también se dirimiera en ese mismo foro. Pero queda la duda en la medida en que, a pesar de la reciprocidad, el dispositivo del art. 104, fracc.-1-A, es claro al establecer *que cuando se trata de leyes federales y de tratados internacionales en donde el Estado sea parte, conozcan los tribunales de la Federación y no otros*.

Materia.

Es una interpretación estricta del dispositivo constitucional se puede observar que se refiere a cuestiones del orden *civil o criminal* y no a cuestiones de orden mercantil y comercial, por lo que en principio no se aplicaría el art. 104, fracc. I—A, y entonces es posible la competencia del panel. Sin embargo, una interpretación de este tipo nos llevaría a la conclusión de que si no hay competencia de los tribunales federales entonces la habrá necesariamente, de los jueces y tribunales del orden común de los Estados y Distrito Federal, maxime que se están afectando intereses de particulares por lo que esta posible solución no aportaría mayores elementos. De este breve recorrido puede concluirse que la cuestión de la competencia, en el caso específico de

una resolución definitiva emitida por la SE y presentada a los paneles, no queda totalmente resuelta.

Otro aspecto no menos importante e íntimamente vinculado al anterior. El panel dicta una resolución que *no puede ser susceptible de apelación ante los tribunales internos*. El art. 1904.9 y 1904.11 del tratado es claro en este sentido. Aquí cabe otra reflexión: si el afectado con la resolución del panel es un productor mexicano, este ya no tendrá ningún recurso interno, salvo el juicio de amparo, si considera que se le está violando una garantía constitucional. El juicio de amparo también procedería en la medida en que el tratado fuera en contra del art. 15 de la Constitución que, en su última parte, establece que no se autoriza la celebración de tratados en los que se alteren las garantías y los derechos establecidos por la Constitución, lo cual nos llevaría a lo siguiente:

° En realidad no ha habido lesión de garantías, ya que al afectado se le abrió la posibilidad de recurrir a una instancia de apelación que fue el panel, donde pudo probar y alegar todo lo que a su derecho hubiere convenido.

•El juicio de garantías establecido por la Constitución solo es procedente cuando el acto reclamado *es un acto de autoridad*; en este caso, el panel no es autoridad para los efectos del juicio de amparo.

Como se advierte, pueden· surgir algunos problemas en el caso particular de los paneles establecidos por el capítulo XIX del tratado, a los que nos hemos referido someramente para ilustrar la complejidad de los efectos de un instrumento internacional como el TLCAN que, por su naturaleza, plantea una serie de cuestiones nuevas que la *jurisprudencia y la doctrina mexicanas habrán de estudiar y resolver en los casos concretos* y en las circunstancias precisas que la realidad vaya presentando.

Lo importante es destacar que, en este caso específico y en muchos otros de menor escala que se han mencionado y analizado en este texto, el reto internacional en el plano jurídico es innegable y requiere una rápida adecuación del sistema jurídico mexicano a esa realidad internacional. Sobre todo, se requiere la preparación de un mayor número de estudiantes que en su vida profesional puedan dedicarse a cubrir estas áreas del tráfico jurídico internacional.